

**LA INEXIGIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN CONTRACTUAL
ANTE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA
DE LAS CIRCUNSTANCIAS¹**

Jorge Castiñeira Jerez

**Tesis doctoral dirigida por el Dr. Sergio Llebaría Samper
ESADE LAW SCHOOL - UNIVERSITAT RAMON LLULL**

¹ Investigación doctoral realizada gracias a la financiación y apoyo del programa FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Título del proyecto: *La frustración sobrevenida de la finalidad del contrato en el derecho español: problemática, fundamentos y posibles remedios* (AP2010-1812).

RESUMEN

Cada vez son más comunes las voces entre la doctrina y la jurisprudencia que abogan por proporcionar una solución al problema del cambio de circunstancias sobre las obligaciones contractuales en el derecho civil español. La alteración sobrevenida de las circunstancias está de plena actualidad y así lo demuestra el hecho de que en las más modernas propuestas para la regulación del derecho de contratos, tanto nacionales como internacionales, se regule y proporcione solución específica a este problema. Aun así, la actualidad del problema no debe llevar a equívocos. La problemática relacionada con la alteración sobrevenida de las circunstancias no es nueva en la ciencia del Derecho. La problemática es clásica y así lo demuestran sin duda los estudios de la cláusula *rebus sic stantibus* llevados a cabo ya durante los siglos XVII y XVIII.

La antigüedad del problema no ha supuesto, sin embargo, una normalización de la institución del cambio de circunstancias. No al menos en nuestro país ni en muchos de los países de nuestro entorno cultural. La alteración sobrevenida de las circunstancias no puede considerarse una institución normalizada en el ámbito de nuestro sistema jurídico desde el momento en que las distintas doctrinas que se traen a colación para su estudio y resolución se caracterizan (al menos en el derecho español) por su excepcionalidad. Excepcionalidad en su aplicación y establecimiento de requisitos pero también en su fundamentación, basada principalmente en una supuesta excepción al principio *pacta sunt servanda*.

El respeto del principio *pacta sunt servanda* resulta fundamental para el buen funcionamiento de nuestro sistema contractual. Tan fundamental es este principio que su respeto exige que (i) o bien no se admita la institución de la alteración sobrevenida en nuestro derecho, (ii) o bien se descubra que el fundamento y reconocimiento de esta última figura no supone excepción alguna al principio de vinculación contractual.

Si esto último es posible, el siguiente paso consiste en el establecimiento de unos requisitos de aplicación que normalicen la institución. Este es precisamente el objeto del presente trabajo.

RESUM

Cada vegada són més comunes les veus entre la doctrina i la jurisprudència que advoquen per proporcionar una solució al problema del canvi de circumstàncies sobre les obligacions contractuals en el dret civil espanyol. L'alteració sobrevinguda de les circumstàncies està de plena actualitat i així ho demostra el fet que en les més modernes propostes per a la regulació del dret de contractes, tant nacionals com internacionals, es reguli i proporioni solució específica a aquest problema. Així i tot, l'actualitat del problema no ha de portar a equívocs. La problemàtica relacionada amb l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies no és nova en la ciència del Dret. La problemàtica és clàssica i així ho demostren sens dubte els estudis de la clàusula *rebus sic stantibus* duts a terme ja durant els segles XVII i XVIII.

L'antiguitat del problema no ha suposat, però, una normalització de la institució del canvi de circumstàncies. No almenys en el nostre país ni en molts dels països del nostre entorn cultural. L'alteració sobrevinguda de les circumstàncies no es pot considerar una institució normalitzada en l'àmbit del nostre sistema jurídic des del moment en què les diferents doctrines que es porten a col·lació per al seu estudi i resolució es caracteritzen (almenys en el dret espanyol) per la seva excepcionalitat. Excepcionalitat en la seva aplicació i establiment de requisits però també en la seva fonamentació, basada principalment en una suposada excepció al principi *pacta sunt servanda*.

El respecte del principi *pacta sunt servanda* és fonamental per al bon funcionament del nostre sistema contractual. Tan fonamental és aquest principi que el seu respecte exigeix que (i) o bé no s'admeti la institució de l'alteració sobrevinguda en el nostre dret, (ii) o bé es descobreixi que el fonament i reconeixement d'aquesta última figura no suposa cap excepció al principi de vinculació contractual.

Si això últim és possible, el següent pas consisteix en l'establiment d'uns requisits d'aplicació que normalitzin la institució. Aquest és precisament l'objecte del present treball.

ABSTRACT

In recent times, most scholars and courts in their decisions have argued that problems related to an unexpected change of circumstances deserve a specific solution under Spanish contract law. Additionally, most national and international proposals on contract law include and resolve the problems related to an unexpected change of circumstances. Nevertheless, this topic is not new. Indeed, as may be proved through the clause *rebus sic stantibus* studies carried out during the seventeenth and eighteenth centuries, this is a classical topic.

The age of the problem, however, has not led the doctrines related to an unexpected change of circumstances being considered as normalised, at least not in our legal system or in the legal systems culturally close to that of Spain. Unexpected change of circumstances cannot be considered a normal institution or rule in our legal system since the several doctrines that are used to solve the problem are all configured as exceptional. That is, exceptional both at the time of their application and also when establishing the legal grounds of the doctrines, since most of these doctrines are based on an exception to the *pacta sunt servanda* principle.

Respecting the principle *pacta sunt servanda* is extremely important in order to ensure that the contractual legal system achieves its goals and functions properly. So important is this principle that respecting it requires fulfillment of either one of these conditions: i) not accepting any doctrine related to the problem of an unexpected change of circumstances; or ii) finding out that the legal foundation and solution of this problem does not imply an exception to the *pacta sunt servanda* principle.

If compatibility between the *pacta sunt servanda* principle and the doctrines related to the change of circumstances is possible, then the requirements to apply the doctrines must be established. This is precisely what is studied next in this paper.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS	15
2.	EL PRINCIPIO <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE A LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS	21
2.1	Algunas consideraciones previas sobre el alcance del principio <i>pacta sunt servanda</i>	21
2.2	Configuración de la imposibilidad de la prestación desde el principio <i>pacta sunt servanda</i> o de vinculación contractual.....	26
2.2.1	<i>La imposibilidad de la prestación y vinculación contractual. Especial referencia a la imposibilidad subjetiva como forma de inexigibilidad de la prestación.....</i>	<i>27</i>
2.2.2	<i>Estado de necesidad y necesario acotamiento de la imposibilidad de la prestación</i>	<i>38</i>
2.2.3	<i>¿Es la imposibilidad económica verdadera imposibilidad? ...</i>	<i>43</i>
2.2.4	<i>Algunas consideraciones genéricas y preliminares sobre el concepto de inexigibilidad de la prestación.....</i>	<i>47</i>
2.3	Alcance del consentimiento contractual y asunción de riesgos	51
2.3.1	<i>Consentimiento contractual, cláusula rebus sic stantibus y teoría de la presuposición.....</i>	<i>52</i>
2.3.2	<i>Pacta sunt servanda, alteración de circunstancias y riesgo contractual</i>	<i>60</i>
3.	REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>.....	67
3.1	Alteración inimputable de las circunstancias	70
3.2	Alteración extraordinaria de las circunstancias	77
3.2.1	<i>La (nula) distinción jurisprudencial entre lo imprevisible y lo extraordinario</i>	<i>78</i>
3.2.2	<i>¿Debe ser extraordinaria la alteración de circunstancias además de imprevisible?</i>	<i>81</i>
3.3	Análisis crítico sobre la imprevisibilidad de la alteración de las circunstancias exigida por la jurisprudencia del TS	84

3.4 Sobre la necesidad de que el cambio de circunstancias sea extraordinario además de imprevisible (o imprevisto)90

3.4.1 El requisito de la imprevisibilidad y su relación con el consentimiento contractual y la asunción legal y contractual de riesgos91

3.4.2 El riesgo imprevisible (o imprevisto) y su relación con el principio pacta sunt servanda.....99

3.5 Hacia una nueva configuración de la doctrina del TS sobre el cambio de circunstancias102

3.5.1 Antecedentes de la STS de 30 de junio de 2014 103

3.5.2 Delimitación abstracta del problema de la excesiva onerosidad en la STS de 30 de junio de 2014 106

3.5.3 Delimitación concreta y solución al supuesto de hecho de la STS de 30 de junio de 2014 110

3.5.4 La reafirmación de la doctrina: STS de 15 de octubre de 2014 112

4. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL *COMMON LAW*117

4.1 Introducción y delimitación conceptual: fundamentos, tipologías y posibles soluciones al problema de la alteración sobrevenida118

4.2 Origen y fundamento de la imposibilidad de la prestación más allá del propio derecho estadounidense130

4.3 Los límites de la imposibilidad de la prestación en derecho estadounidense147

4.4 La *impracticability* en el derecho estadounidense158

4.4.1 Requisitos de aplicación de la impracticability en el Restatement y en el UCC 161

4.4.2 Hacia un entendimiento estrictamente cuantitativo de la impracticability en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses. El supuesto de ALCOA 171

4.4.3 El fundamento cuantitativo o cualitativo de la impracticability y la relación con sus requisitos y consecuencias de aplicación. Recapitulación crítica sobre las tendencias actuales del derecho estadounidense 181

4.4.4	<i>Un tipo especial de impracticability: impracticability de mercado o genérica. Cuestionamiento de la solución consistente en la adaptación del contrato</i>	192
4.4.5	<i>La impracticability debe ser apreciada y aplicada únicamente por los tribunales: consideraciones sobre la suspensión del cumplimiento de la prestación a través del estudio de los casos del Canal de Suez.....</i>	199
4.5	La <i>frustration</i> en el derecho estadounidense (e inglés)	203
4.5.1	<i>La frustración del propósito del contrato y su posible asimilación con la imposibilidad de la prestación. El derecho inglés y la normativa de la Frustration Act</i>	209
4.5.2	<i>Consecuencias de la aplicación de la doctrina de la frustration: Especial referencia al deber de restitución de las prestaciones ya ejecutadas en supuestos de imposibilidad y de frustración</i>	221
4.5.3	<i>La diferenciación de la impracticability y la frustration en sentido estricto sobre la base del tipo de deudor al que se aplica una y otra doctrina</i>	238
4.6	Fundamentos, problemas y soluciones comunes a la <i>impracticability</i> y a la <i>frustration</i>	243
4.6.1	<i>En busca de un fundamento común a las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias</i>	245
4.6.2	<i>Las posibles consecuencias del cambio de circunstancias ...</i>	281
4.7	Breve recapitulación: justificación del estudio realizado por su importancia metodológica y conceptual. Introducción a los siguientes apartados de este trabajo	307
5.	ESTADO DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA: ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS UTILIZADAS PARA EXPLICAR Y SOLUCIONAR EL PROBLEMA.....	311
5.1	Teoría de la presuposición	312
5.2	Teoría de la imprevisión	317
5.3	La alteración como vicio del consentimiento: el error	319
5.4	Teoría de la base del negocio: distinción entre base subjetiva y objetiva. Breve análisis del derecho alemán.....	323
5.4.1	<i>Doctrina de la base del negocio en la doctrina y jurisprudencia española</i>	333

5.4.2	<i>Tendencias actuales en el derecho alemán</i>	340
5.5	La doctrina <i>rebus sic stantibus</i>	344
5.5.1	<i>Origen y fundamento</i>	344
5.5.2	<i>Presupuestos, requisitos y consecuencias de la aplicación de la doctrina rebus sic stantibus</i>	346
5.6	La causa del contrato como fundamento de la alteración sobrevenida de las circunstancias	357
5.6.1	<i>La frustración del fin contractual como problema causal</i>	359
5.6.2	<i>La excesiva onerosidad como problema causal</i>	362
5.6.3	<i>Recapitulación: tipología del problema y posible consecuencia desde una perspectiva causal</i>	368
5.7	La excesiva onerosidad de la prestación en el Código civil italiano	371
5.7.1	<i>Fundamento y medida de la excesiva onerosidad</i>	374
5.7.2	<i>La aleatoriedad y la excesiva onerosidad</i>	381
5.7.3	<i>Imprevisibilidad y extraordinariedad del cambio de circunstancias</i>	382
5.7.4	<i>Consecuencias de la aplicación de la figura</i>	385
5.8	Teorías residuales: rescisión por lesión y abuso de derecho	389
6.	LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN Y NAVARRO	393
6.1	Pactos en previsión de la ruptura conyugal (Arts. 231-20.5 CCCat)	393
6.2	Pactos sucesorios en el CCCat	404
6.2.1	<i>Naturaleza de los pactos sucesorios</i>	404
6.2.2	<i>Causas de revocación de los pactos sucesorios basadas en la alteración sobrevenida de las circunstancias</i>	412
6.3	La alteración sobrevenida de las circunstancias en el Fuero Nuevo de Navarra	418

7. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS MÁS MODERNAS PROPUESTAS PARA LA UNIFICACIÓN/MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS.....423

7.1 Art. 89 de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)424

7.1.1 Configuración de la alteración sobrevenida en el CESL y consecuencias.....424

7.1.2 Requisitos de aplicación del art. 89 CESL. Especial atención al carácter excepcional del cambio de circunstancias434

7.1.3 Alteración sobrevenida de las circunstancias y regulación del incumplimiento contractual en el CESL435

7.2 Principios Unidroit439

7.3 Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia442

7.3.1 Configuración y requisitos de aplicación442

7.3.2 Consecuencias de aplicación. Especial referencia a un posible establecimiento de un deber de renegociación.447

7.4 Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia.....456

7.5 A modo de conclusión: breve resumen de las principales analogías y diferencias entre las propuestas de regulación analizadas461

8. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN: FUNDAMENTO, SUPUESTOS Y REMEDIOS465

8.1 Delimitación abstracta del problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias466

8.2 Supuestos específicos de alteración sobrevenida de las circunstancias.....470

8.2.1 Excesiva onerosidad (causa objetiva).....470

8.2.2 Frustración de la finalidad contractual (causa subjetiva) ...473

8.3 Requisitos de aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias478

8.4	Consecuencias y remedios.....	488
9.	CONCLUSIONES	493
10.	<i>CONCLUSIONS</i>	503
11.	BIBLIOGRAFÍA	513

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC	Código Civil estatal
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CESL	Propuesta de reglamento europeo relativo a una normativa común de compraventa europea
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
PECL	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
RArDPatr	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado

RDPatr	Revista de Derecho Patrimonial
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS

El problema analizado en el presente trabajo, la inexigibilidad sobrevenida de la prestación contractual ante el cambio de circunstancias, no tiene su origen en las causas de invalidez de los contratos ni en ningún otro elemento cuyo origen se encuentre en su génesis o estructura inicial. La problemática a investigar se sitúa en un estadio posterior, cuando el contrato nace sin defectos de validez, pero una circunstancia sobrevenida y externa afecta a su eficacia.

En los siguientes apartados de este trabajo analizamos el posible fundamento de este fenómeno y su encuadre en la teoría general del contrato y de las obligaciones. Con ello pretendemos contestar a la pregunta de si la inexigibilidad sobrevenida de la prestación contractual puede tener cabida en nuestro derecho para, en caso afirmativo, intentar aportar soluciones de validez general al problema.

A continuación, a modo de justificación, se enumeran separadamente cada una de los motivos considerados a la hora de elegir el tema de investigación. Ninguno de ellos es prevalente ni completamente independiente del resto. Son todos los motivos que se exponen a continuación los que, solidariamente, conforman la justificación de la investigación:

(1) El tema escogido es concreto en cuanto a sus límites pero, aun así, entronca con enorme facilidad con aspectos y cuestiones más generales de la teoría general del contrato y, aun, del negocio jurídico. En efecto, si bien el acotamiento del tema —la inexigibilidad sobrevenida ante el cambio de circunstancias— facilita que su investigación sea abarcable, su análisis necesariamente implicará el estudio e investigación de cuestiones que, si bien son más generales —consentimiento y causa contractuales, incumplimiento, imposibilidad de la prestación—, resultan de una importancia vital para la configuración y, en su caso, revisión de la teoría general del contrato y de las obligaciones.

(2) El tema de investigación escogido no solo exige manejar conceptos abstractos y teorizar acerca de ellos, sino también que se adopten soluciones concretas conectadas con la realidad socioeconómica. Indudablemente, la posible excusa del cumplimiento ante una alteración de circunstancias es una cuestión vital no solo desde un prisma jurídico sino también económico y social. Precisamente por ello, la construcción argumentativa es teórica, pero no *per se*, sino como garantía para que las consecuencias y, por ende, las conclusiones que se alcancen —de indudable trascendencia práctica— sean válidas.

(3) Como última justificación (no por ello menos importante) debemos destacar las altas probabilidades que el tema ofrece para alcanzar conclusiones originales en un doble sentido: como conclusiones nuevas y como conclusiones relevantes. La inexigibilidad sobrevenida ante el cambio de circunstancias no ha sido una cuestión estudiada en profundidad (determinando sus supuestos concretos) por la doctrina civilista española, por lo que, sin duda, ofrece buenas oportunidades para la aportación de novedades tanto en lo que respecta a su fundamento como a las posibles soluciones a adoptar. Del mismo modo, las conclusiones alcanzadas pueden considerarse relevantes, también en un doble aspecto. Relevantes por cuanto, en cualquier caso, suponen, a nuestro juicio, un avance científico en el estado de la cuestión (ello deriva de la escasa atención que a este tema le ha dedicado la doctrina). Y (relevantes) también por cuanto, tras las conclusiones que alcancemos, se esconderán consecuencias trascendentes para los operadores jurídicos.

Tras la justificación del tema de investigación, es preciso que, a continuación, abordemos los objetivos que nos proponemos alcanzar:

1º.- Delimitación de la problemática:

El primer objetivo, y del que depende la efectiva consecución del resto, consiste en la correcta delimitación del objeto de estudio. Es preciso conocer qué debe entenderse por inexigibilidad sobrevenida como paso previo para alcanzar cualquier otra conclusión. En concreto, pretendemos delimitar en qué casos nos encontramos ante una verdadera inexigibilidad sobrevenida ante la alteración de circunstancias y cuando, en cambio, ante

un vicio del consentimiento, ante un incumplimiento contractual imputable, ante la imposibilidad de la prestación o ante la nulidad contractual. El objetivo no es comparar estas instituciones, sino definir el concepto de inexigibilidad sobrevenida y distinguirlo en lo fundamental de otras figuras o instituciones afines.

2°.- Análisis del fundamento de la inexigibilidad sobrevenida ante el cambio de circunstancias:

Es imprescindible que se proporcione un fundamento adecuado a la figura de la inexigibilidad sobrevenida de la prestación ante el cambio de circunstancias. Para ello, deberá determinarse si la figura estudiada entronca con alguno de los elementos estructurales del contrato o si, en cambio, su fundamento se encuentra en otra institución o si, incluso, no encuentra y no debe encontrar fundamento alguno en nuestro derecho. Complementariamente, debe precisarse ante qué supuestos y a qué tipo de contratos es aplicable la doctrina a través de sus distintas manifestaciones.

3°.- Aportación de soluciones de validez general:

Sin duda, por ello lo hemos dejado para el final, el principal objetivo de la investigación es aportar soluciones al problema de la alteración sobrevenida de circunstancias, a través del análisis de todas las opciones posibles. Para ello, deberemos abordar las cuestiones que, a continuación, se enumeran.

En primer lugar, debe determinarse si el problema es merecedor de una solución concreta o si, por el contrario, a la alteración sobrevenida no debe anudársele ninguna consecuencia jurídica.

En segundo lugar, y para el caso en que se determine que, en efecto, alguna consecuencia debe derivarse de la alteración, entonces, debe especificarse si esa solución ya la aporta nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de adoptar cambios legislativos o si, en cambio, debe apostarse por una reforma legal que la haga posible.

En tercer lugar, y tanto si se concluye que la solución a la problemática no precisa de reforma legislativa alguna como si se concluye todo lo contrario, será necesario que

entonces se delimite en qué circunstancias y bajo qué premisas debe aplicarse la solución acogida.

Adicionalmente, las soluciones alcanzadas también deben ser investigadas y analizadas como único medio para que tengan utilidad práctica. No basta con que se concluya que la alteración sobrevenida debe dar lugar a la resolución contractual o a la modificación/adaptación del contrato. Deben formularse y contestarse preguntas adicionales: ¿es la resolución de carácter automático?; ¿quién puede solicitarla?; ¿surge algún deber de indemnización?; ¿debe procederse a la devolución de las prestaciones ya ejecutadas?; ¿quién y ante qué supuestos se puede modificar el contrato?; ¿hasta qué punto puede el Juez suplir la voluntad de las partes?; ¿qué parte del contrato debe ser modificada?; ¿cuáles son las consecuencias de la imposibilidad de modificar el contrato?

El presente trabajo está estructurado en siete capítulos, sin incluir esta introducción (enumerada como capítulo primero) ni las conclusiones (capítulo noveno):

- En el segundo capítulo se analiza la relación entre el principio *pacta sunt servanda* y el reconocimiento del problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias como posible incidencia en el régimen de cumplimiento y ejecución del contrato.
- En el tercer capítulo se estudian los requisitos tradicionalmente exigidos por el TS para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. A través de un estudio crítico de estos requisitos se pretende poner a prueba la compatibilidad del problema de la alteración sobrevenida con algunas de las normas y principios básicos de nuestro derecho de contratos. El capítulo finaliza con un análisis de la nueva doctrina del TS sobre el cambio de circunstancias, iniciada con la sentencia del pasado 30 de junio de 2014.

- En el cuarto capítulo analizamos en profundidad el estado de la doctrina y jurisprudencia del *common law* (en especial del derecho estadounidense) en relación con el problema del cambio de circunstancias. A partir de ese estudio se pretende no solo averiguar el posible fundamento de las doctrinas que en aquel derecho se relacionan con el problema, sino también cuáles son las cuestiones más trascendentes desde un punto de visto práctico. Como se expone al inicio y final del capítulo cuarto, el estudio del derecho del *common law*, dado su pragmatismo y su reconocimiento explícito del problema de la alteración sobrevenida, resulta indispensable para la consecución de nuestros objetivos. La consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho y la mayor discrecionalidad judicial en los sistemas del *common law* nos obliga a analizar en detalle muchas de las resoluciones jurisprudenciales relacionadas con el objeto de la investigación. Esa es la justificación de que sea este el capítulo más largo del trabajo.
- En el quinto capítulo se analizan en profundidad todas las doctrinas y teorías (nacionales e internacionales) que se han traído a colación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española para resolver los problemas relacionados con la alteración sobrevenida de las circunstancias. El contenido de este capítulo va mucho más allá del análisis de la doctrina *rebus sic stantibus*.
- En el sexto capítulo se analiza el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el ámbito del Derecho civil catalán y navarro.
- En el séptimo capítulo se estudian algunas de las más modernas propuestas, tanto nacionales como internacionales, para la unificación o modernización del derecho de obligaciones y contratos. Como se verá, en todas y cada una de esas propuestas se incluye, de una manera o de otra, la inexigibilidad sobrevenida de la prestación ante el cambio de circunstancias.

- En el octavo capítulo realizamos una recapitulación ordenada de todas las conclusiones alcanzadas en los capítulos previos y, a partir de ahí, aportamos una propuesta de solución para el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias.
- En el noveno capítulo, como avanzábamos, se contienen las conclusiones de la investigación.

2. EL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA* COMO FUNDAMENTO Y LÍMITE A LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

2.1 Algunas consideraciones previas sobre el alcance del principio *pacta sunt servanda*

No es este un trabajo en el que se aborde, al menos directamente, el consentimiento contractual y sus límites. Nuestro punto de partida se encuentra en la existencia de un contrato que ha sido libremente asumido y que, en consecuencia, tal y como dispone el art. 1091 CC, debe cumplirse al tenor del mismo. Asumimos, ya de entrada, la vigencia y valor del principio *pacta sunt servanda*, desde todos los ángulos y con todas sus consecuencias. No hay contrato sin consentimiento (arts. 1254, 1258 y 1261 CC) y una vez se otorga válidamente el consentimiento, los contratos obligan a cumplir aquello libremente asumido (arts. 1091 y 1258 CC).

No puede ponerse en duda la vigencia de lo anterior sin pretender la quiebra de nuestro sistema contractual. El principio *pacta sunt servanda* o de vinculación contractual es consustancial a la idea de contrato e indispensable para el desarrollo de la actividad económica en un ambiente seguro desde un prisma tanto jurídico como económico². Ello explica —no es casualidad— que el principio *pacta sunt servanda* sea compartido por todos los ordenamientos pertenecientes a la misma tradición jurídica que el español y también por el sistema contractual del *common law*, en el que tradicionalmente ha sido aplicado y entendido aún con más vigor que en nuestro sistema³.

² Una demostración jurídica y económica puede encontrarse en SALVADOR CODERCH, P.: “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”. *Indret*: octubre-2009, p. 14.

Este principio también es consustancial a la idea de contrato en el *common law*. Así lo expone con absoluta claridad WLADIS, J.D. (“Impracticability as Risk Allocation: the effect of Changed Circumstances upon Contract Obligations for the Sale of Goods”. *Georgia Law Review*: vol. 22, primavera-1988, pp. 589 y 590): “This is a principle fundamental to a society such as ours, in which democracy, individual autonomy, and free market economic system are important”.

³ Nótese que en los sistemas pertenecientes al *common law* tradicionalmente los contratantes seguían obligados al cumplimiento del contrato a través del pago de la correspondiente indemnización incluso ante la imposibilidad de la prestación. Sobre la cuestión, v. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de las circunstancias contractuales: Un análisis jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 2003, p. 48.

La autonomía de la voluntad, esto es, que los contratantes puedan alcanzar los pactos que estimen por conveniente con el único límite de la ley imperativa, la moral y las buenas costumbres supone, en contrapartida, la obligatoriedad de lo libremente convenido. De hecho, puede pensarse, y así lo piensan algunos, que la fuerza vinculante del contrato no deriva de la propia ley, sino del reconocimiento directo que esta hace de la obligatoriedad de lo libremente pactado y, en última instancia, de la libertad y dignidad personal⁴. Así se establece la relación perfecta entre libertad para contratar o prestar el consentimiento y sujeción absoluta al contrato⁵.

Sin embargo, que no pueda ponerse en duda la vigencia y necesidad del principio *pacta sunt servanda* sin cuestionar todos los fundamentos y ejes del sistema contractual no implica que deba sobreestimarse el papel de este principio en el marco de la relación contractual⁶. Nótese que es el propio sistema el que excepciona en determinadas ocasiones la aplicación estricta de este principio. Así, en efecto, si se entiende de forma estricta el *pacta sunt servanda*, se convendrá también que cualquier circunstancia que impida que el contrato y sus obligaciones se cumplan tal y como fueron definidas por las partes supone una excepción a dicho principio. Así ocurrirá entonces cuando exista algún vicio o defecto que afecte a la validez o formación del contrato (ausencia de alguno de sus elementos estructurales, imposibilidad originaria de la prestación o nulidad/anulabilidad) o cuando alguna circunstancia que acontezca con posterioridad a la perfección del contrato faculte a una de las partes o a ambas a no cumplir con su prestación (resolución contractual, imposibilidad sobrevenida de la prestación, etc.)⁷.

⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 1: Introducción. Teoría del contrato*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2007, p. 142.

⁵ Cfr. DE COSSIO, M.: *Frustraciones y desequilibrios contractuales*. Granada: Comares, 1994, pp. 10, pp. 42 y 43.

⁶ V. DÍAZ CRUZ, M (JR): “La cláusula “rebus sic stantibus” en el derecho privado”. *RGLJ*: año XCI, t. XI (179 de la colección), 1946, pp. 532 a 534; GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: “Algunas consideraciones en torno a “rebus sic stantibus” en derecho interno e internacional”. *RDN*: año XVI, núm. LXVII, enero-marzo-1970, p. 104 y SAN MIGUEL PRADERA, L.P.: “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”. *ADC*: t. LV, fasc. III, julio-septiembre-2002, pp. 116 y 117.

⁷ Esta misma clasificación, aunque sin distinguir entre aquellas circunstancias que afectan originariamente a la validez del contrato y aquellas otras que suponen la imposibilidad o facultad de no llevar a término lo pactado, puede encontrarse en AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 16.

Así lo entiende VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1985, p. 171.

Es cierto que en todos los casos anteriores el contrato no se ejecuta tal y como fue predispuesto por las partes. Pero no es menos cierto, a nuestro juicio, que afirmar que todos estos supuestos suponen una excepción al principio *pacta sunt servanda* implica una incorrección o, cuanto menos, una exageración. El respeto a lo libremente asumido exige como requisito previo la existencia y validez del contrato. Por ello, en todos aquellos supuestos en que el contrato es nulo de pleno derecho o anulable ni siquiera es posible hablar del *pacta sunt servanda* y sus excepciones; simplemente el contrato nunca produjo (o no debió producir) efectos o bien ha dejado de producirlos y las partes no pueden compelerse a aquello a lo que se obligaron.

Por otra parte, en aquellos supuestos en que, sin que existan defectos de validez pero, aun así, uno o ambos contratantes se ven facultados por el ordenamiento para no cumplir sus obligaciones contractuales (piénsese por ejemplo en la resolución contractual, los saneamientos por vicios ocultos y por evicción en la compraventa o incluso la revocación de donaciones) es cierto que no se estará dando estricto cumplimiento a lo pactado. Sin embargo, no por ello la norma/principio *pacta sunt servanda* se ve debilitado. El ordenamiento le impone límites a la autonomía de la voluntad y, por ende, al principio *pacta sunt servanda* (art. 1255 CC). Pero, es más, con independencia de esos límites, e incluso en los supuestos en que no se ejecuta el programa contractual según lo pactado, no puede afirmarse siempre que el principio *pacta sunt servanda* deja de estar presente.

No es así, por ejemplo, en el supuesto en que el acreedor resuelva el contrato ante el incumplimiento del deudor. En ese caso, es el propio *pacta sunt servanda*, convertido u observado desde el prisma del acreedor a obtener la prestación tal y como esta fue originalmente configurada, lo que le faculta a no cumplir con su obligación contractual y, también, a exigir al deudor un comportamiento distinto al cumplimiento. No supone esto una excepción al principio *pacta sunt servanda* por la sencilla razón de que este principio no se agota en el derecho y deber de cumplimiento *in natura*, sino que además incluye todas aquellas consecuencias derivadas de esa falta de cumplimiento. El contrato y el principio *pacta sunt servanda* o de vinculación contractual no solo obliga a cumplir, sino que también faculta (y obliga) a la resolución contractual, a la indemnización de daños y perjuicios y a cualesquiera otras consecuencias derivadas del incumplimiento. El principio de vinculación contractual abarca también todo aquello que, aun en caso de

incumplimiento o de frustración de los derechos o intereses de las partes, hacen del contrato un vínculo obligatorio.

Pero vayamos por partes. Dispone el art. 1255 CC que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Dicho artículo, casi huelga decirlo, juega como límite máximo a la autonomía de la voluntad, de modo que si los pactos alcanzados por los contratantes contrarían la ley (imperativa), la moral o el orden público serán nulos de pleno derecho. El art. 1255 CC, y quizás ello no sea tan evidente, no implica sin embargo una limitación de mínimos, de tal modo que todo aquello que no haya sido previsto no tiene cabida en el contrato. En otras palabras, los pactos alcanzados por los contratantes o, mejor aun, la ausencia total de pactos sobre una determinada cuestión no supone, o no lo supone siempre, la exclusión (imposible o inoperante) de la ley imperativa, ni una limitación a la integración del contrato por la buena fe, los usos, la ley dispositiva (art. 1258 CC) y, en última instancia, por la propia teoría general del contrato⁸.

La ausencia de pacto en el contrato de compraventa sobre el saneamiento por evicción o por vicios ocultos o, en cualquier contrato con obligaciones sinalagmáticas, sobre la resolución en caso de incumplimiento comporta, si se cumplen todos sus requisitos, su aplicación a la relación contractual a pesar —o mejor dicho, en virtud— de la falta de previsión expresa. Las partes pueden haber conocido y aceptado que la ausencia de pacto conllevaría la aplicación de determinadas instituciones *ex lege* o pueden no haber previsto una determinada situación sí prevista por ley. Ello sin embargo no implica, como

⁸ A este respecto, señala LUNA SERRANO, A. (“La autonomía privada”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. *ET ALII.: Elementos de Derecho Civil. T.I: Parte general. Vol. III: Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. 3ª Ed. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría. Madrid: Dykinson, 2005, p. 137) que “[l]a exigencia de la conformidad de la actividad jurídica de los particulares con las leyes no debe considerarse referida, en cambio, a las normas de carácter dispositivo, que, por su propia naturaleza, conexas a cuanto significa la autonomía privada, pueden ser por principio desconocidas o contradichas por los particulares, al consentirse a éstos que puedan optar para organizar sus intereses por una reglamentación ideada por ellos distinta a la de los esquemas negociales previstos en las reglas positivas. Esta consideración genérica no excluye, sin embargo, que la contradicción voluntaria de las normas dispositivas no conozca, a su vez, determinados límites específicos, en razón de que, en definitiva, es una decisión que se inscribe en el ámbito de la autonomía privada, ni, sobre todo, que las normas dispositivas, por su carácter supletorio de la voluntad de los particulares y en el sentido que de inmediato señalaré, no signifiquen un cierto límite indirecto de la autonomía privada”.

veremos, que la autonomía de la voluntad obligue a ignorar todo aquello no previsto o previsto pero no contemplado en el contrato.

Sobre este tema volveremos más adelante. Por ahora basta que apuntemos una idea que, como se verá, resulta clave para el desarrollo del presente trabajo: la autonomía de la voluntad obliga a dar cumplimiento a aquello efectivamente previsto y contemplado en el contrato, pero quizás, no necesariamente, a aquello ni contemplado ni previsto. Lo contrario podría significar dar más relevancia de la que merece al dogma *pacta sunt servanda*⁹. Cuestión distinta, independiente del alcance de dicho principio, será qué incidencia tienen sobre el contrato aquellas circunstancias imprevistas y cuál es el cauce apropiado para introducirlas jurídicamente entre los elementos de la relación contractual.

Sea como sea, parece que solo en aquellos supuestos en que la falta de cumplimiento exacto de lo pactado no conlleve consecuencias de ningún tipo para el contratante incumplidor podría afirmarse que se está excepcionando el principio *pacta sunt servanda*¹⁰. En otro caso, si la desvinculación tiene un coste —mucho más cuando dicho coste es equivalente al cumplimiento— no puede ponerse en duda que el principio *pacta sunt servanda* rige en toda su plenitud. Aquí de nuevo es preciso resaltar que no puede confundirse (ni se agota) el principio *pacta sunt servanda* con la obligación de las partes a dar cumplimiento a lo efectivamente previsto. El *pacta sunt servanda*, por ello quizás es más conveniente hablar del principio de vinculación contractual, incluye y obliga a dar cumplimiento a lo pactado, pero también (en principio) a todas aquellas consecuencias derivadas de la existencia del propio contrato. Obsérvese que no puede aseverarse, pues es incorrecto, que el cumplimiento de las prestaciones tal y como estas fueron definidas por las partes tiene su origen y fundamento en el *pacta sunt servanda* y,

⁹ En contra parece pronunciarse GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo contractual: Introducción al estudio del riesgo contractual”. *ADC*: t. XL, fasc. III, abril –junio-1987, p. 573.

¹⁰ Un buen ejemplo de ello podría ser la revocación de donaciones (art. 644 CC y ss.) Esta excepción, sin embargo, no puede extrapolarse a los contratos con causa onerosa. A nuestro juicio, que la donación pueda ser revocada cuando sobrevengan circunstancias (superveniencia o supervivencia de hijos o ingratitud del donatario) que se consideran más relevantes que el cumplimiento de lo pactado tiene su razón de ser en la causa gratuita que define este contrato. La excepción del principio *pacta sunt servanda* ante circunstancias excepcionales encuentra mejor acomodo en los negocios con causa gratuita que en los negocios con causa onerosa. La excepción del *pacta sunt servanda* y contrato con causa onerosa supone a priori una contradicción de conceptos.

en cambio, las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento tienen su origen en el contrato.

Tanto el cumplimiento como las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento tienen su origen inmediato en el contrato y su origen mediato en el *pacta sunt servanda*. Contrato y *pacta sunt servanda* no pueden desligarse. El uno (*pacta sunt servanda*) existe y tiene valor en virtud del otro (contrato) y el otro (contrato) tiene valor como tal en virtud del uno (*pacta sunt servanda*). Por tanto, resulta inexacto identificar sin más el principio de la autonomía de la voluntad con el art. 1255 CC o con el contenido del consentimiento contractual otorgado, olvidando cuál es el auténtico alcance de ese consentimiento y de qué modo vincula a las partes (arts. 1091 y 1258 CC).

Hasta ahora hemos comenzado a definir y delimitar, en abstracto, el alcance del principio *pacta sunt servanda*, identificando para ello algunos de los supuestos que, si bien se suelen citar como alguna de las excepciones a la aplicación de dicho principio, en puridad no son sino figuras que lo confirman. Conscientemente, hemos abordado lo anterior dentro de los límites de la prestación que aún es posible. Lo hemos hecho así por dos razones: la primera de ellas, porque la imposibilidad de la prestación (aún no abordada en profundidad) y su relación con el principio de vinculación contractual se acerca al núcleo de nuestra investigación (y por ello exige que antes despejemos aquellas cuestiones de las que no trataremos) y, en segundo lugar, porque el desarrollo de esta cuestión, por su complejidad, merece un análisis más detallado, al que dedicaremos un apartado independiente: el siguiente.

2.2 Configuración de la imposibilidad de la prestación desde el principio *pacta sunt servanda* o de vinculación contractual

El fin ideal de todo contrato es su perfecta ejecución. Esta perfecta ejecución supone la realización del programa pactado y, con él, el pleno cumplimiento del *pacta sunt servanda*. No obstante, este cumplimiento no siempre es posible y aun siendo posible, no siempre es exigible. En última instancia y haciendo pura generalización, en torno a la ejecución contractual solo hay dos posibilidades: el cumplimiento o el incumplimiento. A nosotros nos interesa solamente el incumplimiento y, más en concreto,

el incumplimiento justificado: o mejor dicho, los límites que separan el incumplimiento justificado del injustificado. Intuimos, y por eso lo adelantamos ya, que esa justificación del incumplimiento se encuentra (o debe encontrarse) en el propio contrato y en la configuración de las obligaciones de las partes.

Volveremos sobre este particular en el último epígrafe de este capítulo. Antes es preciso que delimitemos dos figuras que nos ayudarán a encontrar el hilo conductor de nuestra investigación: la inexigibilidad de la prestación y, más concretamente, la imposibilidad como uno de sus subtipos.

2.2.1 La imposibilidad de la prestación y vinculación contractual. Especial referencia a la imposibilidad subjetiva como forma de inexigibilidad de la prestación

Un requisito indispensable para cumplir con la prestación es que esta sea posible. Si el objeto del contrato o la prestación es imposible *ab initio*, el contrato no llega a perfeccionarse (o es nulo¹¹) por ausencia de objeto cierto que sea materia del contrato.

Si bien, como ya adelantamos en la introducción, no es objeto del presente trabajo determinar los efectos de la imposibilidad originaria de la prestación, no puede dejar de señalarse que es discutible y se discute si el contrato con prestación imposible originaria es nulo de pleno derecho y, en cualquier caso, con independencia de la calificación en lo que respecta a su validez, cuáles son sus efectos y la posible responsabilidad de los contratantes. Nótese que parte de la doctrina considera que la sanción de la imposibilidad originaria de la prestación no debe ser la nulidad de pleno derecho, sino el surgimiento de una responsabilidad —contractual— similar a la prevista en el saneamiento por evicción¹².

¹¹ Así, claramente, en el Derecho alemán. V. sobre la cuestión, LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones. T. I.* Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 101.

¹² En este sentido se pronuncia PANTALEÓN PRIETO, F. (“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. *ADC*: t. XLIV, fasc. IV, octubre-diciembre-1993, pp. 1721 y 1722): “Como demuestra claramente el artículo 1.529.I CC —no es nulo el contrato de cesión de un crédito inexistente—, ni la norma del artículo 1.460.I CC ni, en general, una lectura del número 2.º artículo 1.261 CC en el sentido de la nulidad de pleno derecho de los contratos sobre prestaciones originariamente imposibles, son exigencias ineludibles de la razón jurídica. Antes bien, una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato

En cambio, si la imposibilidad de la prestación es sobrevenida, esto es, si una vez se ha perfeccionado el contrato pero antes de su completa ejecución se hace imposible la prestación, entonces la problemática no gira en torno a la perfección o validez del contrato. En ese caso nos encontramos ante un incumplimiento contractual en su sentido más amplio. Un incumplimiento¹³ que será inimputable y liberará al deudor de su deber de cumplimiento en el supuesto en que la cosa que el deudor se obligara a entregar pereciere (art. 1182 CC) o cuando la prestación de hacer se hiciera legal o físicamente imposible (art. 1184 CC), sin culpa del deudor, sin que se hubiere constituido en mora (art. 1182 CC) y sin que se haya obligado a entregar una misma cosa a dos o más personas (art. 1096 CC).

El desarrollo de la temática relativa a la imposibilidad de la prestación es, como se verá, accesorio a los objetivos del presente trabajo. Sin embargo, y justamente con el fin de delimitar las cuestiones a tratar, es preciso que se aclare que, por ahora, cuando se trata sobre la imposibilidad de la prestación lo hacemos en sentido estricto, de tal modo que en dicho concepto no incluimos todas aquellas prestaciones que no son debidas por inexigibles, sino solo aquellas cuyo cumplimiento, exigible o no, son imposibles desde un plano físico-jurídico o solo jurídico. Separar los conceptos de inexigibilidad y de imposibilidad de la prestación resulta de suma importancia.

La imposibilidad de la prestación como fórmula de liberación del deudor de su deber de cumplimiento exige que se dé un doble presupuesto: a) de un lado, que la prestación no sea posible de forma definitiva en los términos en los que esta fue

(no resolverlo, si continúa interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva o no el contrato, pero) en la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad. Y la solución de la nulidad del contrato imposibilita lo primero, e impele a restringir la responsabilidad por daños a la medida del interés contractual negativo”.

En el mismo sentido también DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. I...*, pp. 236 a 245.

De lo que no puede caber duda es de que, sea como sea, el contratante que se obliga a una prestación imposible a sabiendas de su imposibilidad, debe responder ante los daños causados a la otra parte. Daños que, al menos, deben ascender al interés contractual negativo. Así también LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones. T.I...*, p. 104.

¹³ Debe aclararse, a efectos terminológicos, que en este trabajo el término incumplimiento equivale a falta de cumplimiento, sin que por ello deba asociarse de forma directa e inmediata incumplimiento con surgimiento de responsabilidad.

configurada y; b) de otro lado, que el evento que haga imposible la prestación resulte inimputable al deudor. Así delimitada la imposibilidad de la prestación, resulta que todos aquellos eventos que no supongan la frustración definitiva de la prestación (desde los parámetros de la propia prestación) o que, aun suponiéndola, sean imputables al deudor, no deben incluirse en el concepto que manejamos de imposibilidad de la prestación.

La otra opción consistiría en incluir en el concepto de imposibilidad de la prestación eventos que no imposibilitan sino que simplemente dificultan el cumplimiento o en prescindir de la imputabilidad o no del deudor en la producción o evitación del evento que causa la imposibilidad. Sin embargo, optar por cualquiera de esas vías supondría desnaturalizar la propia figura de la imposibilidad. La imposibilidad de la prestación parte de una realidad natural, o cuasi natural, que no es otra que la propia imposibilidad de cumplir, a la que se le añaden unos determinados efectos jurídicos, la liberación y exoneración del deudor, siempre que se dé un requisito, también de tipo jurídico, como es el de la inimputabilidad del deudor. Solo aunando ambos elementos obtenemos los efectos jurídicos apropiados: la liberación y exoneración del deudor. Si se ignora que la prestación no solo debe ser difícil de cumplir, sino imposible, se estará aplicando a la dificultad de la prestación unas consecuencias que son y deben ser las propias de la imposibilidad, pero no de la dificultad —liberación y exoneración automática del deudor de su deber de cumplimiento (a excepción del *commodum representationis* regulado en el art. 1186 CC)— y, del mismo modo, si se prescindiera de la inimputabilidad del deudor en la causación de la imposibilidad, se estaría ignorando que, aun siendo imposible la prestación, si es imputable, la obligación no se extingue sino que se perpetúa.

Manejamos por lo tanto un concepto estricto de imposibilidad¹⁴, en el que no se incluye la imposibilidad económica, que en ocasiones —y erróneamente a nuestro juicio como veremos— se asimila en la doctrina a la imposibilidad física o jurídica¹⁵, ni la

¹⁴ Opinamos con JORDANO FRAGA, F (*La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987, p. 158) que la imposibilidad siempre debe ser efectiva, debiendo exigirse para su aplicación algo más que la dificultad del cumplimiento.

¹⁵ Es cierto que en la doctrina española no son pocas las voces que, de alguna u otra manera, estiman que el cambio de circunstancias imprevisible e inevitable que haga el cumplimiento de la prestación excesivamente oneroso para alguna de las partes debe ser asimilado a la imposibilidad de la prestación. Así, por ejemplo, DÍAZ CRUZ, M (JR): “La cláusula...” pp. 552 y 553; TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*. Barcelona: Bosch, 1951, p. 160; GÓMEZ CALERO, J.: “La “prestación

imposibilidad temporal, ni tampoco cualquier otra figura relacionada con la dificultad de cumplir. El anterior posicionamiento no nos coloca, sin embargo, entre aquellos que mantienen que o bien la prestación es imposible y, por lo tanto, si le es inimputable, libera al deudor, o bien es posible y debe cumplirse sean cuales sean las circunstancias en las que deba producirse dicho cumplimiento¹⁶. Manejamos un concepto estricto de imposibilidad precisamente porque estimamos que la imposibilidad es (o debería ser) una de las formas de inexigibilidad de la prestación, pero no la única. De hecho, como se verá, a lo largo de este trabajo abordaremos la investigación de si determinados elementos que afectan (a) pero no imposibilitan la prestación pueden tener alguna incidencia en la exigibilidad de las prestaciones de las partes. Siendo ello así, no debe extrañar que a continuación neguemos a ciertos supuestos —imposibilidad económica, estado de necesidad, etc.— los caracteres de la imposibilidad de la prestación. Obviamente, ello no implica que opinemos que dichos supuestos no tengan (o no deban tener) incidencia en la exigibilidad de las prestaciones, sino simplemente que no constituyen supuestos de verdadera imposibilidad de la prestación.

Nos referimos pues, en exclusiva, a aquellos supuestos en los que bien por motivos físicos o naturales o bien jurídicos la prestación es imposible de modo definitivo y sobrevenido. En estos casos se encuentran incluidas tanto la imposibilidad objetiva como la imposibilidad subjetiva. Ambos tipos de imposibilidad, la subjetiva y la objetiva, se caracterizan porque la prestación no es posible y se distinguen (a nuestro juicio; ya veremos que esta cuestión es discutida) porque, mientras que en la imposibilidad de tipo objetivo, la prestación es absolutamente imposible, no solo para el deudor, sino para cualquier persona, en cambio, en la imposibilidad de tipo subjetivo, la prestación no es

exorbitante” y su posible incidencia en la relación arrendaticia urbana”. *RDP*: octubre-1971, pp. 927 a 930 y AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 106.

También es clásico, aunque discutido, el reconocimiento de la imposibilidad económica en el derecho alemán. V. al respecto, LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducido por Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002, pp. 1 a 4.

¹⁶ Esta parece ser la opinión, aunque a veces matizada, de JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pp. 226 a 241. Para este autor solo hay dos posibilidades ante el incumplimiento: o la imposibilidad sobrevenida inimputable al deudor, que le libera de su deber de prestación y de resarcimiento de daños, o bien la perpetuación de la obligación con el surgimiento del deber de resarcimiento.

posible pero solo relativamente, esto es, solo para el deudor¹⁷. El CC no distingue entre estos dos tipos de imposibilidad. De hecho, resulta innegable que toda la teoría y doctrina sobre la imposibilidad de la prestación gira alrededor de la pérdida de la cosa debida, lo que como es lógico, al menos en principio, se circunscribe a la imposibilidad de tipo objetivo¹⁸. A pesar de ello, la doctrina parece estar de acuerdo en que la imposibilidad puede ser objetiva o subjetiva. En lo que ya no existe acuerdo, como ya hemos adelantado, es en determinar qué debe entenderse por imposibilidad subjetiva, cuáles son sus diferencias con la imposibilidad objetiva y, por último, cuál es su ámbito y límites de aplicación¹⁹.

El principal problema para el reconocimiento, definición y configuración de la imposibilidad subjetiva estriba en la necesidad de que toda imposibilidad, para que produzca el efecto de liberar al deudor de su prestación, debe ser no solo inimputable, sino absoluta o efectiva imposibilidad. No basta con que la prestación debida sea más difícil de cumplir —la dificultad a lo sumo puede provocar la inexigibilidad de la prestación, pero no su imposibilidad—: es necesario que no pueda cumplirse. Adviértase que, aunque en sus efectos sea distinta, la imposibilidad originaria, para diferenciarse del mero incumplimiento, debe ser también una imposibilidad efectiva. Así, en efecto, para que pueda hablarse con propiedad de imposibilidad originaria, no basta con que el deudor sea inepto para cumplir la obligación de que se trate en el momento de perfeccionarse el contrato (porque no sea propietario del bien a entregar o porque no tenga las habilidades necesarias para el cumplimiento de la obligación de hacer); además, es preciso que esa

¹⁷ También se establece en la doctrina la diferencia existente entre imposibilidad absoluta y relativa, siendo la absoluta aquella imposibilidad que no puede ser vencida de ningún modo por las fuerzas humanas y la relativa aquella que solo puede ser superada con una intensidad superior a la exigible por la configuración de la obligación. V. por todos, CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 192 a 200.

Nos parece más acertada la opinión de aquellos que establecen que la anterior distinción carece de sentido por cuanto la imposibilidad, para que libere de la prestación debida, debe ser siempre objetiva y absoluta. V. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil. T. IV: Derecho de obligaciones (Derecho de la contratación)*. Madrid: Est. Tip. sucesores de Rivadeneyra, 1899, p. 314; PÉREZ SERRANO, N.: “La imposibilidad de la prestación, especialmente en la vida mercantil”. *Cuestiones actuales de derecho mercantil, monetario y tributario*: 1944, p. 14 y LASARTE, C.: *Principios de derecho civil. T. II: Derecho de obligaciones*. 8ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 190 a 195.

¹⁸ En este sentido, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, p. 188.

¹⁹ Sobre las divergencias en torno al concepto, ámbito y límites de la imposibilidad subjetiva frente a la objetiva, v. entre otros, a CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de...*, pp. 186 a 192 y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2: Las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2008, pp. 688 a 691.

incapacidad para cumplir sea objetiva: que la cosa a entregar no exista o que el deudor no tenga las habilidades, conocimientos o titulación requerida para el cumplimiento de la obligación y que, por supuesto, la obligación se haya configurado como personalísima. En ese caso habrá imposibilidad, originaria o sobrevenida, cada una con sus efectos propios; lo demás es simple y llanamente un incumplimiento contractual distinto al incumplimiento que, en sentido amplio, también es la imposibilidad.

A priori, aunar imposibilidad de la prestación y subjetiva en un mismo concepto parece una contradicción. En efecto, si la distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva consistiera en que en el primer caso, en la imposibilidad de tipo objetivo, el impedimento es inherente o intrínseco al contenido de la prestación, mientras que el impedimento subjetivo no afecta a la prestación en sí sino a los impedimentos que surjan en el deudor o en su esfera económica, entonces, a nuestro juicio, lo único que se consigue con la referida distinción entre tipologías de imposibilidades es deformar el propio concepto de imposibilidad.

Si la imposibilidad se define por el hecho de que la prestación ya no es posible, resulta incongruente separar la idea de imposibilidad del propio contenido de la prestación. Es la prestación (y no necesariamente su objeto) la que deviene imposible y, por lo tanto, es desde la propia prestación desde donde debe medirse si existe verdadera imposibilidad. Por ello, todo aquello que afecta personalmente al deudor o a su esfera económica sin que a su vez afecte al propio contenido de la prestación no solo no puede ser considerado verdadera imposibilidad, sino que, además, a priori, es indiferente. Si se mantuviera el anterior criterio delimitador entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva, aquellos impedimentos que afectaran a la persona del deudor o a su esfera económica deberían ser considerados como impedimentos objetivos cuando la persona del deudor o sus circunstancias, por el tipo contractual o por los concretos pactos alcanzados, estén ligados al contenido prestacional y, en contrapartida, esos mismos impedimentos relativos a la persona del deudor serían de tipo subjetivo en tanto en cuanto las circunstancias personales o económicas resultaran intrascendentes en relación con el contenido prestacional pactado²⁰.

²⁰ Del mismo modo plantea la problemática, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., p. 690.

La imposibilidad siempre es de la prestación y, como tal, si aceptáramos el anterior criterio de clasificación, siempre debe ser objetiva²¹. Siendo ello así, el sentido de la clasificación de la imposibilidad como objetiva o subjetiva no puede residir en si el impedimento o impedimentos afectan al contenido de la prestación o, en cambio, a circunstancias personales o económicas del deudor ajenas al contenido prestacional. El criterio para distinguir la imposibilidad de tipo objetivo y subjetivo reside, a nuestro juicio, en si el impedimento hace imposible la prestación en sentido absoluto —la prestación es imposible para cualquiera y no solo para el deudor—, en cuyo caso la imposibilidad es objetiva, o si es solo relativo, esto es, que solo afecta al deudor, por cuanto si bien, en abstracto, la prestación es objetivamente posible, resulta imposible de cumplir para el deudor.

La pregunta que ineludiblemente surge a partir de aquí es ¿cuándo un evento que solo hace la prestación imposible en sentido relativo, esto es, solo para el deudor, provoca los mismos efectos que la imposibilidad absoluta (objetiva)? ¿Cuándo una imposibilidad de tipo subjetivo libera definitivamente al deudor de su prestación y convierte la acción de cumplimiento en el derecho al *commodum representationis*?²² ¿Cuándo un evento que no haga absolutamente imposible la prestación no solo hace inexigible la prestación sino que, además, libera automáticamente al deudor de su deber de cumplimiento como si se tratara de una verdadera imposibilidad de tipo objetivo?

La clasificación entre la imposibilidad objetiva y subjetiva en función de si el impedimento personal afecta a la prestación es mantenida por BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 307 a 309 y CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de...*, p. 188. Aun así, esta última autora, a pesar de definir la imposibilidad subjetiva como aquella que no afecta directamente al contenido de la prestación, finalmente afirma lo siguiente (*Ibidem*, p. 191): “Entendida en el modo en que se ha explicado, no vemos obstáculo en acoger desde un punto de vista teórico la distinción expuesta, aunque desde el punto de vista práctico la consideramos bastante prescindible. A nuestro juicio, lo verdaderamente importante es que el deudor se encuentre en una situación de auténtica imposibilidad de cumplimiento, y no de mera dificultad, ocasionada por un acontecimiento a él no imputable y que no puede superar”.

²¹ Así también PÉREZ SERRANO, N.: “La imposibilidad...”, p. 14; BADENES GASSET, R.: *El riesgo imprevisible (Influencia en la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*. Barcelona: Bosch, 1946, p. 108 y LASARTE, C.: *Principios de derecho civil. T. II...*, p. 193.

²² Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 690.

La respuesta a las anteriores preguntas se encuentra, inexcusablemente, en el contenido y configuración de la prestación²³. Si lo que, desde un principio, hemos declarado que debe exigírsele a la imposibilidad es su efectividad, lo que debemos preguntarnos entonces para averiguar cuándo existe auténtica imposibilidad (sea esta objetiva o subjetiva) es qué era lo exigido al deudor por la prestación y si ese contenido prestacional sigue siendo posible. Para conseguir dar respuesta a esa pregunta, el primer elemento a tener en cuenta es si la obligación era de medios o de resultado. Si la obligación es de resultado el deudor queda obligado a producir un cambio en la realidad material o jurídica. Para la consecución de tal fin, lógicamente, deberá prestar todos los esfuerzos necesarios. Sin embargo, con la prestación de dichos esfuerzos no se cumple la obligación, pues lógicamente a lo que se ha obligado, lo que se ha garantizado, es que se produzca el resultado con independencia del esfuerzo a realizar²⁴. Siendo ello así, no puede obviarse que solo habrá imposibilidad de la prestación cuando el resultado prometido o garantizado sea imposible. Pero, ¿cuándo es el resultado imposible?

Para dar respuesta a la anterior pregunta, debe irse más allá de la simple configuración de la obligación como una obligación de resultado. Además, es necesario conocer su objeto y circunstancias. De este modo, si la obligación es de dar una determinada cosa, la prestación devendrá imposible cuando dicho objeto se pierda (es esta la imposibilidad de la que se trata en el art. 1182 CC), pero también cuando las circunstancias en que debía producirse la entrega de ese objeto se frustren. Así, por ejemplo, por más que el objeto de la obligación no haya perecido, si su transporte al lugar de entrega (y por lo tanto su entrega) resulta imposible en el tiempo pactado por una causa ajena al deudor y ello frustra definitivamente el deber de cumplimiento en función de los

²³ En este sentido también, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “La excesiva onerosidad sobrevenida como presupuesto para la relevancia del cambio de circunstancias”, en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 176 a 179.

²⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., p. 272.

En cualquier caso, como pone de manifiesto BADOSA COLL, F. (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de Bolonia: 1987, p. 512) la diligencia en el cumplimiento no deja de estar presente en las obligaciones de resultado por cuanto también en estas, la diligencia en el cumplimiento determinará o garantizará la calidad del resultado y su ausencia (o la culpa del deudor) determinarán el grado de su responsabilidad por daños ante el incumplimiento. En palabras del citado autor (*Ibidem*, p. 512): “[...] la diligencia sigue inserta en la actividad debida. Lo que ocurre que no actúa por sí misma calificando la actividad, sino indirectamente configurando el resultado como efectivamente cualificador de la prestación”.

intereses de las partes tal y como estos fueron configurados prestacionalmente (imáginese por ejemplo la introducción de un término o plazo esencial para el cumplimiento), nos encontraremos ante una verdadera imposibilidad de cumplir pues el resultado contemplado como parte de la prestación, esto es, la entrega de un objeto en un determinado periodo de tiempo, ha devenido imposible. En segundo lugar, si la obligación de resultado se configura como una obligación de hacer, de nuevo debemos atender al contenido y configuración de la prestación para determinar si esta ha devenido imposible. Compréndase, en efecto, que un mismo evento puede ser causa de imposibilidad si la prestación de hacer se ha configurado como personalísima o infungible y no serlo si la prestación no es personalísima. Imáginese un pintor que se ha comprometido a realizar una determinada obra. Si ese pintor pierde las extremidades superiores y la obligación se configura como personalísima o infungible, nos encontraremos ante una verdadera imposibilidad de la prestación (el resultado garantizado no es posible por causa inimputable al deudor), mientras que si la obligación es fungible —poco importa al acreedor el pintor que realice la obra— entonces el resultado sigue siendo posible, aunque no para el deudor, y por lo tanto, no nos encontramos ante un verdadero supuesto de imposibilidad de la prestación que libere al deudor de su prestación, todo ello sin prejuzgar su responsabilidad o no por daños contractuales ni la posibilidad de desligarse de su obligación a través de otros medios o institutos.

¿Qué ocurre cuando la obligación es de medios y, por lo tanto, el deudor solo se obliga a prestar la diligencia debida en función del tipo de obligación de que se trate?²⁵ Pues nada cambia. La imposibilidad debe seguir siendo efectiva y para medir la efectividad de la imposibilidad debe atenderse de nuevo a cuál es el contenido de la prestación. De ese modo si la obligación (de hacer o de no hacer) es personalísima, cualquier impedimento que imposibilite al deudor prestar la diligencia exigida por el contenido de la obligación supondrá la imposibilidad efectiva de cumplir. En cambio, si la prestación no es personalísima, el impedimento que haga imposible al deudor cumplir la prestación por sí mismo (prestando la diligencia objeto de la obligación) no puede suponer su imposibilidad por cuanto un tercero podría dar cumplimiento a la prestación

²⁵ Sobre el concepto de obligación de medios y el tipo de diligencia exigido, v., entre otros, a BADOSA COLL, F.: *Ibidem*, pp. 496 a 511.

y ello *per se* ya excluye la imposibilidad. Nótese que la configuración de la obligación determina los riesgos que debe asumir cada parte ante los posibles impedimentos que en el cumplimiento puedan surgir para el deudor. Así, en efecto, si la obligación es personalísima, cualquier evento inimputable al deudor que le impida cumplir —aunque este sea estrictamente subjetivo y personal— le liberará de su prestación, debiendo asumir el acreedor dicho riesgo. En cambio, si la obligación se configura como fungible, entonces un impedimento que sea estrictamente personal del deudor, aun inimputable, no supondrá la imposibilidad de la prestación, pues esta no era personalísima; no resultaba esencial que fuera el deudor quien realizara la prestación y el acreedor, por lo tanto, no debe correr con ese riesgo²⁶.

Entonces, sentado lo anterior, ¿cuándo un impedimento personal del deudor que no haga la prestación imposible en sentido objetivo y absoluto puede provocar su liberación? ¿Cuándo y a qué tipo de obligaciones resulta de aplicación la figura de la imposibilidad subjetiva? A nuestro juicio, solo a aquellas prestaciones en las que la figura del deudor es esencial para el cumplimiento de la obligación, esto es, en las obligaciones de hacer y de no hacer de carácter personalísimo, ya sean de resultado o de medios²⁷. Si la obligación es de dar o de hacer fungible, el impedimento que afecte al deudor quizás haga inexigible la prestación en los términos inicialmente previstos, le libere de

²⁶ Así también DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., p. 280.

²⁷ No puede obviarse que el art. 1184 CC, circunscrito a las obligaciones de hacer, establece que “[t]ambién quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”. Nótese a este respecto que la imposibilidad legal puede circunscribirse, entre otras cuestiones, a la inexigibilidad en las obligaciones de medios de ir más allá de la diligencia requerida por el contenido de la prestación. Con todo, creemos que no puede equipararse sin más el concepto de obligación de hacer con el de obligaciones de medios. Así, como expone DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., p. 280), las obligaciones de hacer pueden configurarse como obligaciones de medios o de resultado. Así, sea una obligación de hacer o no, la obligación será de medios cuando la prestación se encamine a un determinado fin que el deudor no garantiza, mientras que la obligación será de resultado cuando el deudor se comprometa a la consecución del fin que el acreedor se proponga conseguir. En la obligaciones de medios, el comportamiento o actividad diligente es el verdadero contenido de la prestación.

Parece de esta opinión, aunque sin delimitar demasiado el concepto de imposibilidad subjetiva, TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, pp. 160 y 161.

Sobre la distinción entre obligación de medios y resultados, v. también, entre otros, a HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas. T. III: Derecho de obligaciones*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988, pp. 73 y 74 y SANCHO REBULLIDA, F.: “La prestación”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. *ET ALII: Elementos de Derecho civil. T. II: Derecho de obligaciones. Vol. I: Parte General. Teoría general del contrato*. 5ª Ed. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Madrid: Dykinson, 2011, p. 53.

responsabilidad por daños e incluso, quizás, le permita resolver el vínculo contractual, pero no produce una imposibilidad de tipo efectivo. En cambio, si la persona del deudor resulta esencial en el cumplimiento y el impedimento estrictamente subjetivo le impide prestar el resultado garantizado o la diligencia prometida (en función de si la obligación es de medios o de resultado) nos encontraremos ante una verdadera imposibilidad de la prestación que supondrá su liberación y exención de responsabilidad, siempre que el evento impeditivo sea inimputable y suponga la frustración definitiva del contrato²⁸.

De este modo resulta que, tal y como la hemos definido, la imposibilidad subjetiva no es sino una imposibilidad efectiva que, atención al tipo de obligación al que resulta aplicable, también es calificable como objetiva. La contradicción es aparente y estrictamente terminológica. Así, en efecto, si lo que entendemos por imposibilidad objetiva es aquella imposibilidad que hace imposible la prestación en sentido absoluto y definitivo, tan absoluta es la imposibilidad consistente en la destrucción del objeto a entregar como la consistente en la imposibilidad relativa del deudor para cumplir su obligación de hacer cuando esta es personalísima. Ambas imposibilidades son de tipo objetivo: la una porque el resultado prometido es imposible (la cosa ha perecido) y la otra porque el resultado o actividad diligente prometido también resulta imposible (era el deudor el único que podía cumplir; un evento hace imposible que el deudor preste la actividad exigida y, siendo infungible la prestación, también es objetivamente imposible el resultado o actividad diligente comprometida). Aceptada la necesaria objetividad que debe predicarse de la imposibilidad de la prestación, solo puede admitirse, a nuestro juicio, hablar de imposibilidad subjetiva si lo que con ello se quiere poner de relieve es que, en determinado tipo de obligaciones, los impedimentos de tipo estrictamente personal o subjetivo también causan una verdadera imposibilidad de cumplir; una imposibilidad que, bien mirada y atendiendo al tipo de prestación —personalísima—, también es objetiva: el deudor no puede cumplir y nadie más puede hacerlo²⁹.

²⁸ Evidentemente, será definitiva la imposibilidad cuando el evento impeditivo sea de tal carácter que suponga que el deudor no pueda cumplir en ningún momento la prestación debida, o cuando por las circunstancias de la obligación, el evento impeditivo, a pesar de ser transitorio o temporal, frustre la finalidad del negocio. Así ocurrirá cuando la obligación tenga un término de cumplimiento de carácter esencial o cuando, sin tener un término esencial, la imposibilidad transitoria sea tan excesiva en función de las circunstancias que frustre el contrato.

²⁹ Sobre la discusión terminológica surgida en la doctrina italiana, v. JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, p. 157.

¿Qué distingue entonces las obligaciones de medios y de resultado desde el prisma de la imposibilidad de la prestación? Pues que el objeto que se debe hacer imposible en una y otra para liberar y exonerar al deudor es distinto. En las obligaciones de resultado, solo existirá imposibilidad cuando el resultado sea imposible y en las de medios, la imposibilidad no puede medirse en atención a si el acreedor obtiene el resultado o interés que pretendía, sino a si se puede exigir al deudor que actúe de la manera comprometida (entonces la prestación será posible) o si no puede pedírsele el comportamiento prometido por exceder el nivel de diligencia que, en función de la obligación y de sus circunstancias, podía exigírsele y sin que otra persona distinta a él pueda cumplir (imposibilidad de la prestación)³⁰.

2.2.2 Estado de necesidad y necesario acotamiento de la imposibilidad de la prestación

En la doctrina, al tratar sobre la imposibilidad subjetiva, se recurre a menudo a la noción de estado de necesidad unido al principio de buena fe para así incluir en el

³⁰ Sobre estas cuestiones, v. JORDANO FRAGA, F.: *Ibidem*, pp. 160 a 181. Este autor intenta demostrar, a través de la regulación y configuración de la imposibilidad sobrevenida, que la culpa no es el criterio decisivo para la liberación del deudor de su deber de cumplimiento. Así afirma (*Ibidem*, p. 160) que “[...] si el criterio decisivo de la responsabilidad contractual fuese la culpa, es decir, un comportamiento reprochable del deudor, no tendría sentido exigir con carácter general que el impedimento liberatorio incida sobre el contenido de la prestación”. Cualquier impedimento —a ser coherentes con la teoría de la culpa— objetivo o subjetivo que fuese, que impidiera la prestación sin culpa del deudor habría de tener eficacia liberatoria”.

A todo ello añade el citado autor (*Ibidem*, p. 169) que: “La diligencia como criterio de delimitación del exacto cumplimiento (sobre lo cual volveremos más adelante) opera en un plano diverso, en el de los presupuestos de responsabilidad, indicando cuándo hay cumplimiento (siempre que un *facere* diligente constituya el objeto de la obligación) y cuándo no lo hay.

Es decir, la diligencia como criterio de cumplimiento opera en el plano de la materialidad del incumplimiento (art. 1.101 del C.c.), pues establecida la inexactitud de la prestación (falta de la diligencia debida) aún resta para poder afirmar la responsabilidad del deudor el juicio de responsabilidad, el indagar si dicha falta está o no justificada, si se ha producido dentro o no del límite de la responsabilidad contractual. En cambio, si con arreglo a la misma diligencia se establece el cumplimiento (la presencia de la diligencia debida) se excluye toda cuestión de responsabilidad (que presupone la falta o inexactitud del cumplimiento)”.

En el derecho inglés, expone TREITEL, G.H. (*Frustration and Force Majeure*. Londres: Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, p. 6) que en este tipo de obligaciones, la diligencia en la actividad debida exonera de responsabilidad. Esa exoneración no se basa en la imposibilidad ni en cualquier otra teoría relacionada con la alteración sobrevenida de las circunstancias sino en el cumplimiento: “If the party who was required by the contract to make the reasonable efforts does make them and nevertheless fails to obtain the requisite consent, he is under no liability. But the reason for this is not that the supervening event has discharged him from his duty of diligence: it is rather that he has performed that duty”.

concepto de imposibilidad de la prestación aquellos supuestos en los que el cumplimiento supondría la mengua de valores y derechos constitucionales del deudor³¹. Impedimentos que, aun no siendo definitivos e invencibles, exigirían para superarlos el sacrificio de algún derecho fundamental.

A nuestro juicio, parece evidente que si el cumplimiento conlleva la vulneración de algún derecho fundamental, tal cumplimiento de manos del deudor resultará inexigible se asimile o no esta situación a la imposibilidad de la prestación. La problemática, sin embargo, no se sitúa —como en ocasiones se afirma— en torno a si ese estado de necesidad puede asimilarse o no al caso fortuito o la fuerza mayor sino, de nuevo, en la averiguación de hasta qué punto el deudor puede liberarse completamente de su obligación —y de los derivados del cumplimiento— a través de la alegación de dicho estado de necesidad³².

Adviértase que si la obligación se configura como una obligación de resultado y este es aún posible, el cumplimiento desde los parámetros de la imposibilidad de la prestación aún es exigible y, por ello, aunque el deudor se encuentre en estado de necesidad, para liberarse de su deber de cumplimiento, deberá acudir a un instituto distinto al de la imposibilidad de la prestación. Ello se justifica por dos razones que a nuestro juicio están íntimamente relacionadas: la primera de ellas, que, desde el punto de vista de la imposibilidad de la prestación, la prestación es exigible siempre que sea posible en sentido objetivo y absoluto (o efectivo) y, la segunda, que, de ningún modo, la ausencia

³¹ Así, por ejemplo, TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, pp. 153 a 156; ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*. Madrid: Montecorvo, 1972, pp. 75 a 78 y BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago del precio en la compraventa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 212 a 215.

En concreto, aduce ALONSO PÉREZ, M.: (*El riesgo en...*, p. 77) que la categoría verdaderamente relevante a la hora de determinar si un impedimento supone la extinción de la obligación no es tanto la imposibilidad de la prestación, sino la “causalidad no culpable con eficacia impeditiva”. Ello supone, a nuestro juicio, poner el punto de mira no en el impedimento (que es lo verdaderamente importante si de lo que trata es de la posibilidad o imposibilidad de la prestación), sino en la culpabilidad (o falta de ella), que, bien mirado, lo que determina, tanto si existe imposibilidad como si no, es la mera existencia o ausencia de responsabilidad.

³² Estamos plenamente de acuerdo con JORDANO FRAGA, F. (*La responsabilidad contractual...*, p. 183), cuando al tratar sobre el estado de necesidad, establece que: “De cuanto se desprende de los artículos 1.105-1.182, 1.184 del Código civil, resulta que elevar la buena fe a criterio autónomo de liberación del deudor incumplidor, significaría sustituir el sistema legal establecido por otro diferente [...]”

de culpa en la falta de cumplimiento supone la liberación del deudor en las obligaciones de resultado cuando este resultado es aún posible³³. Cuestión distinta será que ese resultado, precisamente por la concurrencia de un estado de necesidad, sea imposible. Ello solo es plausible, siendo consecuente con lo que hasta ahora se ha mantenido, en el supuesto en que la obligación de resultado se configure como una obligación de hacer personalísima y el estado de necesidad imposibilite al deudor realizar la conducta a la que se obligó y que debería producir el efecto comprometido frente al acreedor.

Esto último, claro está, no implica que cuando la obligación sea de resultado, pero no de hacer personalísima, el deudor deba responder del incumplimiento frente al acreedor —con todas sus consecuencias— en el supuesto en que en aras de la defensa de un derecho fundamental suyo, de su familia o de cualquier tercero, no cumpla su prestación. Lo que quiere ello decir es que, en este caso, continúe siendo exigible o no la prestación, el deudor no puede exonerarse de cumplir su obligación simplemente alegando el estado de necesidad y equiparándolo a la imposibilidad de la prestación aun cuando el resultado siga siendo posible. El estado de necesidad, al menos en lo que respecta a las obligaciones de resultado, no tiene la suficiente autonomía. O bien el estado de necesidad —inimputable al deudor— causa la imposibilidad del resultado y se trata, por lo tanto de una verdadera imposibilidad de tipo liberatoria y exoneradora, o bien debe distinguirse de esta figura por no provocar que la prestación sea objetiva y efectivamente imposible³⁴.

³³ A nuestro juicio, de la recta interpretación de los arts. 1105, 1.182 y 1183 CC debe inferirse que la exoneración del deudor solo tiene lugar cuando la prestación deviene efectivamente imposible por causa ajena al deudor. Ajenidad que no puede asimilarse a la mera ausencia de culpa o a la prestación de la diligencia media. Así, CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pp. 997 y 998.

En el mismo sentido, v. JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual...*, pp. 150 a 298. Sin embargo, más adelante, en la misma obra, JORDANO FRAGA (*Ibidem*, pp. 181 a 191) argumenta que la buena fe puede afectar, indirectamente, a las situaciones de imposibilidad de la prestación, de tal modo que si el cumplimiento no puede exigirse conforme a la buena fe debe considerarse que la prestación es inexigible, asimilando dicha inexigibilidad a la imposibilidad de la prestación. La peculiaridad de esta forma de imposibilidad reside en que el deudor en este caso podría elegir si cumplir o no. A nuestro juicio, es preferible mantener una noción estricta de imposibilidad, en la que la buena fe, el posible estado de necesidad y la diligencia del deudor en el cumplimiento o en la exoneración de este solo tenga cabida en la medida en que el impedimento pueda relacionarse estrictamente con el contenido de la prestación, debiendo exigirse en cualquier caso que haya verdadera imposibilidad, esto es, que la prestación tal y como se configuró no pueda cumplirse y que esta imposibilidad sea definitiva e inimputable.

³⁴ Cfr. JORDANO FRAGA, F.: *Ibidem*, p. 189.

El estado de necesidad, unido a las figuras del abuso del derecho y al principio de buena fe contractual, también se vincula o asemeja en las obligaciones de medios, si cabe con más fuerza, a la imposibilidad de la prestación³⁵. Ello se justifica sobre la base de que en estas obligaciones el cumplimiento consiste simplemente en prestar la actividad diligente prometida o exigible según el tipo de obligación y, en contrapartida, podría pensarse que la inexigibilidad de la actividad diligente ante un determinado estado de necesidad supone la imposibilidad de cumplir. Y ello, de nuevo, supone cometer un error a través de la indebida ampliación de las figuras jurídicas. La imposibilidad de la prestación, también en las obligaciones de medios, solo tiene lugar ante la imposibilidad efectiva del cumplimiento. Por ello, solo si el estado de necesidad del deudor impide el cumplimiento habrá verdadera imposibilidad de cumplir. En las obligaciones de medios ello solo ocurrirá cuando la obligación sea personalísima pues, en caso contrario, la prestación consistente en la actividad diligente sigue siendo posible.

Pero, ¿qué ocurre si ante un estado de necesidad o ante cualquier otra circunstancia impeditiva y tratándose de una obligación de medios, el deudor presta la diligencia debida en el cumplimiento, aunque el acreedor no obtenga ningún resultado con esa actividad? En ese supuesto no tiene sentido hablar de imposibilidad de la prestación pues nos encontramos ante un cumplimiento (insatisfactorio para el acreedor si se quiere pero cumplimiento): si de lo que se trata es de una obligación de medios, la ausencia de un resultado no puede equipararse a la imposibilidad de la prestación, pues ningún resultado se debe. Resulta perfectamente posible, así, que el acreedor no obtenga ningún resultado y que sin embargo el deudor haya cumplido con su obligación prestando la diligencia que le era exigible. Por ello, en las obligaciones de medios solo podrá hablarse de imposibilidad de la prestación en aquellos casos en los que ni siquiera es posible objetivamente que el deudor preste la conducta exigida —imposibilidad objetiva— o, como ya hemos visto, cuando no le sea exigible dicha conducta en función de las circunstancias concurrentes —imposibilidad subjetiva (incluyendo el estado de necesidad)— y nadie más pueda llevar a cabo la prestación prometida, pero no en aquellos supuestos en los que el deudor preste la actividad diligente a la que se obligó y, por tanto, cumpla con su obligación, pero ese cumplimiento no satisfaga el interés del acreedor.

³⁵ Más correcto sería vincularlo al concepto más amplio de la inexigibilidad de la prestación. En este sentido, sobre el concepto de inexigibilidad en la doctrina alemana, v. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., p. 691.

Nótese, aun así, que no puede equipararse sin más, ni siquiera en el marco de una obligación de medios (mucho menos en las obligaciones de resultado), la ausencia de culpa con la imposibilidad sobrevenida de la prestación³⁶. La imposibilidad sobrevenida de la prestación exige que el resultado o actividad diligente prometida sea imposible y, además, que dicha imposibilidad sea inimputable. E inimputable no es sinónimo de ausencia de culpa o de comportamiento diligente, sino de ajenidad³⁷. El deudor no podía o no debía controlar el evento que ha causado la imposibilidad, ya se califique este evento de caso fortuito, fuerza mayor o estado de necesidad³⁸.

Resulta innegable que mantenemos una posición estricta acerca de la imposibilidad de la prestación. Ello se debe a dos razones que, a nuestro juicio, hacen innecesario expandir el concepto de la imposibilidad para incluir en él otras figuras y supuestos: i) en primer lugar, existen o deberían existir (creemos) más supuestos que el

³⁶ Al respecto señala JORDANO FRAGA, F. (*La responsabilidad contractual...*, p. 176) lo siguiente: “Por lo que atañe al incumplimiento de una obligación de medios (la falta o defectuosidad de la prestación diligente debida), el deudor incumplidor se libera, como en cualquier otra obligación, a través de la única prueba liberatoria posible: la imposibilidad liberatoria de los artículos 1.105-1.182, 1.184 del código Civil”.

³⁷ Como es obvio, por lo expuesto en el presente trabajo, partimos de que la total exoneración del deudor ante la imposibilidad de la prestación en las obligaciones de resultado solo tiene lugar cuando la imposibilidad ha venido provocada por causa ajena a este y no cuando se pruebe que no ha habido culpa por su parte en la producción o evitación del evento que ha provocado dicha imposibilidad. No pueden equipararse el caso fortuito o la ajenidad en la causación de la imposibilidad y la ausencia de culpa.

Sobre los efectos de la imposibilidad de la prestación en los contratos bilaterales y con obligaciones sinalagmáticas, así como sobre el papel exacto del art. 1186 CC, v. MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentario al art. 1452 del Código Civil” en *Comentarios al Código Civil español*. T. X. Madrid: Reus, 1950, pp. 100 a 106; BADENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa*. T.I. Barcelona: Librería Bosch, 1979, p. 283 a 304; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares, 1986, pp. 175 a 182; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*. T. I. Vol. II: *Derecho general de las obligaciones*. 4ª Ed. Barcelona: Bosch, 1988, pp. 123 a 126; PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las nuevas bases...”, pp. 1719 a 1745; CLEMENTE MEORO, M.E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, pp. 443 a 473; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II: *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 9ª Ed. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 289 a 292; CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de...*, pp. 347 a 557; LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del Artículo 1452 del Código Civil*. Madrid: Fundación Registral: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 1..., pp. 255 a 287; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*. Vol. II: *Derecho de obligaciones*. 13ª Ed. Madrid: Edisofer, 2008, pp. 528 a 534 y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., pp. 427 a 434, 688 a 695 y 803 a 865.

³⁸ Ampliamente sobre las diferencias entre la distinta diligencia exigida en el cumplimiento y en la causación de la imposibilidad, v. JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual...*, pp. 150 a 243; BADOSA COLL, F.: *La diligencia...*, p. 883 a 987 y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., pp. 726 a 740.

de la imposibilidad, aunque con distintos efectos, que afecten a la exigibilidad de la obligación del deudor³⁹ y ii) en segundo lugar, que la obligación se perpetúe incluso ante un evento que no implique la imposibilidad de la prestación sino tan solo su dificultad, no debería conllevar, en nuestra opinión, el surgimiento automático de responsabilidad por daños y perjuicios de carácter contractual.

2.2.3 ¿Es la imposibilidad económica verdadera imposibilidad?

Aun reconociendo que carece de alguno de sus caracteres, es común en la doctrina el tratamiento de la imposibilidad económica como una forma de imposibilidad. Así, en efecto, si bien no toda la doctrina⁴⁰ califica la imposibilidad económica como verdadera imposibilidad, sí la asimila, por lo común, en algunos de sus requisitos y efectos. También esta figura ha sido reconocida y aplicada en diversas ocasiones por la jurisprudencia del TS⁴¹.

³⁹ Al respecto, señala JORDANO FRAGA, F. (“Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del código civil español”. *ADC*: T. XXXVIII, fasc. II, mayo-agosto, 1985, pp. 334 y 335) lo siguiente: “Desde el momento que el ordenamiento consiente un remedio autónomo para hacer frente a los desequilibrios económicos sobrevenidos en los contratos sinalagmáticos, la noción de imposibilidad sobrevenida de la prestación se endurece; pues la necesidad de buscar un campo autónomo para su aplicación (cuya existencia se deduce de que se presume que el legislador no crea instituciones vacías) conlleva necesariamente que el límite de la excesiva onerosidad sea el mínimo o punto de partida para la aplicación de la imposibilidad sobrevenida”.

⁴⁰ V. al respecto, ENNECCERUS, L. y LEHMAN, H.: “Derecho de resolución por razón de alteración de las circunstancias. Desaparición de la base del negocio”. Notas y traducción de Blas Pérez González y José Alguer. *RJC*: año XXXIX, vol. XXXIX. Barcelona: 1933, pp. 117 y 118; TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución ...*, pp. 151 a 163; SÁNCHEZ DEL VALLE, J.: “Sugerencias a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*”. *RCDI*: año XXX, núm. 308, enero 1954, pp. 267 a 270; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil. T. II. Vol. I: Doctrina general del contrato*. 3ª Ed. Barcelona: Bosch, 1988, p. 350; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 105 a 109 y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, pp. 178 a 186.

⁴¹ Un buen ejemplo puede encontrarse en la STS 20 abril 1994 (RJ 1994/3216), en cuyo fundamento de derecho segundo se establece que “[l]a imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.

En el caso litigioso, el arrendamiento tenía un fin concreto y específico señalado por los que lo pactaron: cesión de una finca con la finalidad de extraer guijo. La sentencia recurrida dice que la explotación era viable entonces, pero era inviable económicamente desde mayo de 1988, hasta el punto que, de seguir con ella, los arrendatarios perderían entre 85 y 290 ptas. por tonelada. Esta inviabilidad se debía, según el informe pericial, a las causas naturales que señalaba. No hay ninguna duda de que, en estas condiciones, es absurdo afirmar que el arrendador puede cumplir su obligación de que el arrendatario pudiera extraer guijo de la finca, porque de los términos del contrato se desprende, y así lo interpreta la Audiencia, que el mismo quiere este producto en tanto le produzca una ventaja económica, no para asegurarse simplemente el

En el concepto de imposibilidad económica normalmente se incluyen aquellos acontecimientos o eventos sobrevenidos que hacen la prestación de alguna de las partes enormemente onerosa (de no ser enorme, no tiene sentido hablar de imposibilidad) desde un punto de vista patrimonial. La imposibilidad económica —suponiendo que tal concepto tenga encaje en nuestro derecho y que de la misma se derive algún efecto— exige en cualquier caso que la dificultad económica sea grave, hasta tal punto que el cumplimiento de la prestación sea casi imposible⁴².

La prestación es físicamente posible y, desde la óptica con la que se regula la imposibilidad sobrevenida en el CC, es jurídicamente exigible. Posibilidad y exigibilidad que, sin embargo, requieren un esfuerzo económico del deudor que va mucho más allá de lo previsto inicialmente. El esfuerzo económico, lógicamente, debe medirse en función del valor de cada una de las prestaciones y no en función de cuál es el patrimonio del deudor y en qué medida le afecta el cumplimiento. A lo sumo, podría admitirse —sin prejuzgar aún la admisibilidad de la figura— que la imposibilidad económica pudiera consistir en la enorme dificultad de la prestación en sí misma considerada, esto es, sin atender al valor y configuración de la contraprestación. Sobre lo que no puede caber duda, sin embargo, es que no basta con la insuficiencia patrimonial del deudor, causada o no por el deber de cumplimiento, para hablar de imposibilidad económica. Quizás la imposibilidad económica sea tan grande que dé lugar a la insolvencia o ruina del deudor, pero ello será un efecto añadido, no lo que la justifica. No puede obviarse que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC) y la insolvencia no solo no le libera de responsabilidad sino que puede llegar a agravarla.

Se afirma que quizás el principal escollo para asimilar sin más la imposibilidad económica a la imposibilidad física o jurídica de la prestación es que, en esta, la

suministro de un material a cualquier precio. Y si ello es así, no puede obligársele a que pague una renta, todo lo disminuida que se quiera, a cambio de nada.

La inviabilidad de la prestación por desaparición de la falta de interés en la misma del arrendatario ha sido también imprevista de la forma en que se ha manifestado, que le obligaría a tales costes de transformación para conseguir el guijo que harían ruinosa su actividad. Las partes sólo previeron en la estipulación segunda de su contrato causas naturales que impidieran «transitoriamente» «una normal explotación», pero no una imposibilidad total y permanente (el informe pericial se hace en noviembre de 1990, meses antes de la expiración del plazo contractual)».

⁴² Así MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, pp. 178 a 186.

exoneración del deudor para cumplir su prestación es directa⁴³, y la imposibilidad económica, en cambio y siempre que finalmente se admita, no debería producir la extinción directa de la obligación del deudor, por cuanto este puede seguir dispuesto a cumplir⁴⁴. De hecho, ni siquiera está claro que la imposibilidad económica deba suponer la liberación del deudor o la readaptación del contrato a un nuevo equilibrio que elimine tal imposibilidad. En cualquier caso, a nuestro juicio, no puede distinguirse la imposibilidad económica de la imposibilidad de la prestación por sus efectos y, en concreto, por cuan diferentes son estos efectos. Y es que el hecho de que los efectos sean —o deban ser— diferentes tiene su razón de ser en la distinta naturaleza jurídica de ambas figuras.

La clave entonces está en descifrar por qué esos efectos son diferentes y no al contrario. Lo son (o lo deberían ser) porque, en realidad, se le quieran o no reconocer efectos a la imposibilidad económica, esta no es verdadera imposibilidad. Y no lo es porque la prestación sigue siendo posible. Obsérvese que, por mucho que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso en sí mismo considerado o en relación con su contraprestación, esa afectación no hace imposible la prestación: esta sigue siendo posible; simplemente es mucho más difícil. Por ello, la imposibilidad económica nunca puede ser equiparable a la verdadera imposibilidad, pues simplemente no concurren sus requisitos. En su caso, y como máximo, el deudor tendrá un derecho a modificar, adaptar, denunciar o resolver el contrato, pero siempre partiendo de la posibilidad y vigencia de la obligación.

Es obvio que el aumento de costes o el incremento o descenso del valor de la prestación del deudor o de la contraprestación del acreedor no hace la prestación

⁴³ Liberación directa y automática que no supone, sin embargo, que en las obligaciones sinalagmáticas, si se opta por admitir la resolución por causa de imposibilidad de la prestación, la resolución contractual sea de carácter automático.

Expone PANTALEÓN PRIETO, F. (“Las nuevas bases ...”, pp. 1731 y 1732) al respecto, que: “Una resolución automática es rechazable, incluso en el caso de imposibilidad absoluta y permanente de la prestación no imputable al deudor, porque provoca incertidumbres sobre cuáles son en cada momento los derechos y deberes de los contratantes, y desconsidera los casos en que el acreedor preferirá mantener el contrato y pretender el *commodum representationis* a cambio de la contraprestación que le incumbe”.

⁴⁴ Así lo expone, con estudio de la doctrina alemana, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, p. 179.

imposible sea cuál sea la obligación de que se trate. Ciertamente, si la obligación es de resultado, de ningún modo una circunstancia como el aumento de costes o de la onerosidad puede suponer la imposibilidad del resultado garantizado. De hecho, la imposibilidad económica solo afecta negativamente al deudor y, según los casos, puede beneficiar al acreedor que recibirá una prestación de mayor coste y, por lo tanto, al menos quizás, de mayor valor. ¿Qué ocurre si la prestación es de medios? Pues que, del mismo modo, resulta difícil imaginar cómo el cumplimiento puede resultar imposible por el hecho de que la prestación sea mucho más onerosa desde un punto de vista patrimonial.

Así, en efecto, si la imposibilidad económica exige que sea el cumplimiento lo que cree la mayor onerosidad, está claro que esta onerosidad no puede configurarse como una circunstancia personal o económica del deudor que le libere del cumplimiento. Es el propio cumplimiento en sí mismo considerado lo que causa la onerosidad y, como tal, formando parte del cumplimiento, siendo intrínseco a él, la mayor onerosidad no puede configurarse como una circunstancia personal del deudor que le impida cumplir su prestación mediante el comportamiento diligente al que se ha obligado. La imposibilidad económica es un *posterius* con respecto al deber de cumplimiento y, por ello, consista en lo que consista ese cumplimiento, aún es posible. ¿Cómo puede hablarse de imposibilidad de cumplimiento si es o será el cumplimiento lo que cause esa imposibilidad?⁴⁵ Ni siquiera cuando la obligación sea personalísima puede admitirse este tipo de imposibilidad: el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros se trate de la obligación de que se trate y hasta que esta se extinga por cualquiera de las vías previstas legalmente.

Aun así, que el cumplimiento resulte mucho más oneroso a lo previsto inicialmente al perfeccionar el contrato quizás pueda tener incidencia en el marco del contrato, pero no a través del cauce de la imposibilidad de la prestación. Si se le reconocen efectos al cambio de circunstancias que haga más oneroso el cumplimiento desde un

⁴⁵ Esta parece ser también la opinión de la doctrina que ha estudiado el art. 79 del Convenio de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías. Así SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 79”, en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la convención de Viena*. Coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Civitas, 1998, pp. 641 a 644 y VÁZQUEZ LEPINETTE, T.: *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 290 y 291). Este último autor (*Ibidem*, p. 291) establece que la excesiva onerosidad o la imposibilidad económica, para que exonere al deudor, debe ser provocada por el cumplimiento.

punto de vista económico, está claro que ello comportará, igual que la imposibilidad de la prestación, que la obligación del deudor no sea exigible o que no lo sea en las mismas condiciones inicialmente pactadas⁴⁶. Sin duda, ello hace de la imposibilidad en sentido estricto y de la imposibilidad económica figuras pertenecientes al mismo género (la inexigibilidad), aunque no equiparables.

En el marco de la crisis económica, sobre todo a raíz de las SSTS de 17 y 18 de enero de 2014 (que serán objeto de comentario más adelante en este trabajo), podría pensarse que la dificultad del deudor para obtener financiación (en las recién mencionadas SSTS se examinaba la falta de financiación para la compraventa de viviendas) podría configurarse como un supuesto de imposibilidad económica. Esa conclusión, por lo que se acaba de comentar, es totalmente errónea en la medida en que el cumplimiento de la prestación (pago de la vivienda) sigue siendo posible. La obligación, de resultado, tiene un objeto perfectamente posible: el pago del precio. Cuestión distinta, ajena a la imposibilidad, es que esa falta de financiación, según los casos, pueda suponer la inexigibilidad de la prestación. Si ello es así, como veremos, será por otras causas distintas a la imposibilidad.

2.2.4 Algunas consideraciones genéricas y preliminares sobre el concepto de inexigibilidad de la prestación

Despejado lo anterior, dos conclusiones se tornan claras: la imposibilidad de la prestación debe restringirse a aquellos supuestos en los que el objeto de la prestación, consista en lo que consista este, se torne efectiva y definitivamente imposible y, la segunda, ello no prejuzga la posible existencia de otros supuestos, además de la imposibilidad, en los que la prestación del deudor tampoco sea exigible. ¿Cuáles son estos supuestos?; ¿cuándo es la prestación del deudor definitivamente inexigible?

Pues lo es, de ello no hay duda, cuando el título del que trae causa —causa de la obligación— es o deviene inválido o ineficaz y también cuando la prestación deviene imposible. En ambos casos, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento, sin que ello

⁴⁶ Sobre la distinción entre la imposibilidad sobrevenida y la dificultad de la prestación, v. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español común y foral. T. III: Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. 3ª Ed. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero. Madrid: Reus, 1983, pp. 407 a 409.

restrinja, en su caso y según la responsabilidad del deudor en el hecho de que la prestación se haya vuelto inexigible, la posibilidad de exigir algún otro tipo de resarcimiento. ¿Qué ocurre cuando no nos encontramos ante alguno de los supuestos recogidos en el CC en los que la prestación es inexigible?; ¿pueden presentarse otras situaciones, no contempladas legalmente, en las que la prestación resulta definitivamente inexigible o que, al menos, no lo es en los términos contractual e inicialmente previstos?; ¿qué ocurre cuando no existen en el contrato vicios o defectos originarios de validez o eficacia, la prestación sigue siendo posible pero, aun así, una circunstancia imprevista —imprevisible o no— hace que el cumplimiento carezca de sentido o sea desproporcionado a los esfuerzos que deben requerirse del deudor según el tipo de obligación de que se trate?

Como es lógico, la contestación a las anteriores preguntas exige que previamente despejemos algunos conceptos, tales como cuáles y de qué tipo deben ser las circunstancias que hagan más oneroso o carente de sentido el cumplimiento, qué debe entenderse por sentido del contrato, o cuánto más oneroso debe resultar el cumplimiento para que la circunstancia imprevista —o imprevisible— deba tener alguna incidencia. Sin embargo, antes de tratar algunas de estas cuestiones, es necesario que incidamos algo más, aunque sea brevemente, en el concepto de inexigibilidad de la prestación y su relación con la imposibilidad⁴⁷. Para el cumplimiento de tal propósito, resulta de especial interés el derecho alemán y, en concreto, la regulación contenida en el art. 275 BGB⁴⁸.

En el primer párrafo de dicho artículo se establece que “[e]l derecho a la prestación se extingue en tanto en cuanto sea imposible para el deudor o para cualquiera”;

⁴⁷ Sobre el concepto de inexigibilidad de la prestación se pronuncia Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., p. 691) del siguiente modo: “En materia de obligaciones de hacer, hay supuestos que han obligado a la doctrina a la creación de conceptos equivalentes. Así, ha aparecido el concepto de inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*), que en la doctrina alemana se relaciona con la figura de la buena fe y del abuso del derecho, para tratar de evitar la injusticia que significaría estimar la pretensión del acreedor cuando la prestación es objetivamente posible, pero reclamarla bajo concretas circunstancias puede herir valores superiores a los patrimoniales en que la prestación consiste”. También trata la cuestión BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión...*, pp. 212 a 221.

⁴⁸ Un detallado estudio sobre esta cuestión en nuestra doctrina puede encontrarse en INFANTE RUIZ, F.J.: “Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: La necesaria modernización del derecho de obligaciones y la gran solución”. *RArDPatr*: 2002, 1, nº 8, pp. 153 a 171; en ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”. *ADC*: t. LV, fasc. III, julio-septiembre 2002, pp. 1133 a 1227; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, pp. 178 a 186 y en GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 247 a 250.

En el segundo párrafo que “[e]l deudor puede rechazar el cumplimiento de la prestación a su cargo si esta exige esfuerzos que, en atención al contenido del contrato y las exigencias impuestas por la buena fe, están en notable desproporción con los intereses del acreedor. En la determinación de los esfuerzos exigibles al deudor se debe valorar si el deudor debe responder de las circunstancias que obstaculizan la prestación” y;

En el tercero, por último, que “[e]l deudor puede negarse a cumplir en el supuesto de que deba realizar la pretensión personalmente, siempre que comparando los impedimentos que obstaculizan su prestación con el interés del acreedor, no se le pueda exigir el cumplimiento”.

Como se puede observar mediante la simple lectura del art. 275 BGB, en él se incluyen tres supuestos distintos de inexigibilidad de la prestación. En el primero de los párrafos del artículo se recoge la definición de lo que debe considerarse imposibilidad en sentido absoluto y en el segundo y tercer párrafo, sin embargo, ya no se regula la imposibilidad tal y como ha quedado definida en el presente trabajo, ya sea objetiva o subjetiva. Tanto en el segundo como en el tercer párrafo se otorga al deudor una facultad de no cumplimiento que, paradójicamente, tiene como premisa la posibilidad de cumplir. Tanto es así, que solo se otorga esta facultad al deudor en el supuesto en que no se le pueda exigir el cumplimiento (aún posible) según las exigencias de la buena fe y en función del interés del acreedor. Nótese, además, que al menos en el segundo párrafo del art. 285 BGB se incluye algo que va mucho más allá de la imposibilidad subjetiva, por cuanto parece que ni siquiera es necesario que la prestación sea infungible para que el deudor pueda liberarse ante las dificultades que puedan surgir.

Cierto es que de la simple lectura del artículo no queda claro qué concretos supuestos deben incluirse en el segundo párrafo y cuáles de ellos en el tercero. Según la doctrina alemana más autorizada⁴⁹, parece que en el segundo párrafo se incluye la “imposibilidad” práctica (la prestación, personalísima o no, es posible pero inexigible por cuanto los esfuerzos que sobrevenidamente debe afrontar el deudor no son acordes con el

⁴⁹ Cfr. ZIMMERMANN, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones: Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. Traducido por Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch 2008, pp. 46 a 53.

interés del acreedor)⁵⁰ y en el tercero, una “imposibilidad” de tipo moral relacionada con valores y derechos de la personalidad. En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que, al menos en derecho alemán, la imposibilidad sobrevenida de la prestación entendida en sentido estricto no es la única causa que puede liberar al deudor de su obligación de cumplimiento⁵¹. Ello da idea de que el concepto verdaderamente importante a la hora de configurar los límites en los que se puede demandar o excepcionar el cumplimiento, y en el que después pueden incluirse varios subtipos en función de sus efectos, es el de la inexigibilidad de la prestación⁵².

Llegados a este punto es preciso delimitar un poco más la problemática sobre la que gira el presente trabajo. Esta delimitación, para ser consecuentes con el *íter* de investigación que nos hemos propuesto, no solo la realizaremos en sentido positivo, aclarando cuál es el tema que abordamos, sino también en sentido negativo, especificando desde ya aquellos puntos que no serán objeto de nuestra atención por escapar de nuestro objetivo.

Así, es preciso aclarar que no será objeto del presente estudio ninguna cuestión relacionada con la válida formación del contrato: el problema que analizamos es posterior en el tiempo y distinto en sus causas y supuestos a la nulidad y anulabilidad contractual. Tampoco será objeto de nuestro estudio, más de lo que hasta ahora ha sido tratado, la

⁵⁰ Cfr. ZIMMERMANN: *Ibidem*, p. 48.

⁵¹ Nótese, sin embargo, que lo que parece que se pretendía con la nueva redacción del art. 275 BGB no era crear el concepto de inexigibilidad, sino ensanchar el de imposibilidad. Así lo demuestran las palabras de uno de los juristas que participó en la reforma, MEDICUS, y que recoge MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (*La alteración de...*, pp. 184 y 185): “Nosotros no quisimos derogar la imposibilidad, sino definirla”.

El art. 275 BGB solo parece excusar la obligación del deudor del cumplimiento *in natura*, no excluyendo que el acreedor pueda ejercitar el resto de remedios ante el incumplimiento. La total exoneración del deudor, por lo tanto, no puede basarse únicamente en el art. 275 BGB.

⁵² Debe destacarse que, como expone MEMMO, D. (“La responsabilidad por incumplimiento contractual: El modelo alemán”, en AA.VV.: *Atlas de Derecho privado comparado*. Coordinado por Francesco Galgano y traducido por Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server. Madrid: Fundación cultural del notariado: 2000, p. 216): “En el sistema alemán de la responsabilidad contractual un elemento característico y distintivo es la falta de una noción unitaria de incumplimiento. De ello se deduce que el jurista debe constantemente enfrentarse con esta fragmentación de los supuestos de hecho en la aplicación de una normativa, como la del 275 BGB, directamente elaborada sobre el modelo de una sola de las posibles “perturbaciones”, la de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (la introducción de un supuesto unitario de incumplimiento fue una de las propuestas centrales avanzadas por la doctrina alemana al inicio de los años ochenta en su discusión acerca de un proyecto de reforma del derecho de las obligaciones.)”.

imposibilidad de la prestación, ni conceptos análogos como el de estado de necesidad que ya hemos abordado anteriormente. Creemos que se abusa de la figura de la imposibilidad de la prestación para incluir en él otros supuestos en los que, sin ser imposible la prestación, parece injusto o desproporcionado que el deudor deba cumplir o, al menos, que deba hacerlo en las condiciones inicialmente previstas. Esta creencia nuestra se basa, no tanto en la justicia o injusticia de contemplar esos casos, sino en el intento de encorsetarlos en una figura en la que no tienen cabida (la imposibilidad de la prestación). Más apropiado (y menos peligroso) será que se intente buscar en nuestra teoría general del contrato o de las obligaciones otros cauces para dar cabida a estos expedientes o, en última instancia, si ello no es posible, que se apueste por una reforma que los incluya. Nosotros en este trabajo abordamos el estudio de uno de esos supuestos que, de admitirse, deberían pertenecer al régimen de la inexigibilidad de la prestación, pero situado fuera del marco de la imposibilidad.

De hecho, la problemática que nos disponemos a abordar se sitúa en el marco de un contrato válido y, en principio, eficaz, cuyas prestaciones siguen siendo posibles. Este estudio comienza con una pregunta planteada en ese marco: ¿es posible que alguna circunstancia provoque que el cumplimiento no sea exigible y sobre qué fundamento? Para la contestación de esta pregunta será preciso que estudiemos la doctrina y jurisprudencia que ha abordado la cuestión. Antes, no obstante y como epílogo del presente capítulo e introducción del siguiente, creemos necesario incidir de nuevo en el alcance del consentimiento contractual en relación con el principio *pacta sunt servanda* en atención a la incidencia que determinadas circunstancias puedan tener en la exigibilidad de las prestaciones contractuales.

2.3 Alcance del consentimiento contractual y asunción de riesgos

No es posible tratar sobre el problema de la influencia del cambio de circunstancias sin tener presente el tema de la asunción de riesgos y el alcance del consentimiento contractual. Y ello no solo porque así lo exija un requisito común a prácticamente todas las teorías y doctrinas que se han utilizado para la resolución del problema de la alteración de circunstancias (nos referimos a la imprevisibilidad), sino porque la propia caracterización del problema exige que se precise cuáles fueron los

puntos sobre los que verdaderamente se extendió el consentimiento contractual y, sea o no una cuestión distinta o desconectada de la anterior, cuáles fueron los riesgos asumidos por las partes o que, sin haber sido realmente asumidos, deben asumir.

Pero no es este —el de la asunción de riesgos— el único papel que juega el consentimiento contractual en el ámbito del cambio de circunstancias. El consentimiento es también uno de los fundamentos que más se traen a colación para explicar bien la necesidad de dar un cauce al problema de la alteración de las circunstancias, o para fundamentar alguna de las teorías o doctrinas que lo explican o le dan remedio. A continuación abordaremos estas dos cuestiones comenzando con el consentimiento como sustento o fundamento de algunas de las teorías que intentan dar explicación o resolver el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

2.3.1 *Consentimiento contractual, cláusula rebus sic stantibus y teoría de la presuposición*

Con independencia de la polémica en torno al origen de la doctrina *rebus sic stantibus*⁵³, no existe discrepancia sobre el hecho de que, tradicionalmente, en virtud de

⁵³ Parece claro que su origen es medieval, a pesar de que ya parecen encontrarse en el Digesto algunos textos a partir de los cuales los post-glosadores elaboraron la doctrina.

Sobre el origen de la cláusula, v., entre muchos otros, a SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: “Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula “rebus sic stantibus”. AC: núm. 29, julio-1990, p. 430; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: “Antecedentes y fundamento de la cláusula “rebus sic stantibus”. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*: nº 1, 1996, pp. 71 a 90; COING: *Derecho privado europeo*. T. I. Madrid: 1996, pp. 522 y 523; ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho privado europeo*. Madrid: Civitas, 2000, p. 140; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 31.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (“La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: Antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB”. *RCDI*: Año LXXX, Núm. 681, enero-febrero-2004, p. 285) afirma que la cláusula tiene origen canónico.

Un ejemplar resumen acerca del origen y fundamento tradicional de la cláusula puede encontrarse en DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 314 y 315): “En la Edad Media, como ya se ha indicado, el respeto a lo pactado dejó de basarse en la forma externa y se afirma en el deber de ser fiel a lo dicho (“fides tenere”) y de estar a lo convenido (“pacta sunt servanda”). Ese deber de fidelidad no se concibe de modo ilimitado; por ello, no se entiende estar obligado a lo que sea o resulta ilícito, inmoral o absurdo. De ahí, también, que se concluye que tanto desde el punto de vista de la moral como del Derecho, el deber de cumplir lo prometido subsiste mientras el estado de las cosas no haya cambiado (“si cum omnia eadem sit”), lo que no se puede afirmar si ya la situación es otra (“quid mutetur”); señalándose, que será locura mantenerse obligado respecto a lo que se prometiera con error. Estas ideas serán, las que, perfiladas por Santo Tomás, se generalizan en la doctrina. La promesa, se enseñó, está hecha

esta doctrina, se ha venido entendiendo que en los contratos de ejecución diferida existe una cláusula implícita consistente en la no obligación de mantener el contrato en sus términos originales si las circunstancias presentes en el momento de contratar cambiaban con posterioridad. Bajo la locución *contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, se ha entendido que las partes, implícitamente —de ahí el término cláusula *rebus sic stantibus*—, sometían la obligatoriedad de los pactos contractuales, tal y como fueron alcanzados, a que las circunstancias no cambiaran.

Se asemeja la cláusula *rebus sic stantibus*, en su explicación tradicional, a una condición en lo que se refiere a la incerteza acerca del suceso que afectará a la eficacia del contrato, y se distingue de esta, en primer lugar, por el hecho de que no es expresa, sino presunta o implícita, y también, sobre todo, porque no se somete la producción o cesación de los efectos del contrato a que acontezca un cambio de circunstancias. Todo lo contrario: se supedita la vigencia del consentimiento contractual a que se mantengan las circunstancias existentes en el momento de contratar.

El cambio de circunstancias exigido por la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no tiene un efecto inmediato en la eficacia del contrato —como si lo tiene la condición— sino que, simplemente, si se admite, faculta a las partes para incumplirlo. De este modo, mientras que tanto la condición como la aplicación de la cláusula *rebus* convierten el cumplimiento de la obligación tal y como inicialmente se configuró en inexigible, la inexigibilidad de la obligación sometida a condición tiene su origen en el hecho de que el contrato no llega a (o deja de) producir efectos porque así lo han previsto y querido las partes, mientras que la inexigibilidad que se predica de la cláusula *rebus* no tiene su causa natural en el propio contrato ni en el elemento del consentimiento contractual, sino en algo externo a este —el cambio de circunstancias— que puede llegar a afectarle.

A pesar del nombre de la doctrina, y de sus orígenes claramente subjetivistas, en la actualidad se ha abandonado cualquier explicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

“subintectis debitis conditionibus”, de modo, que si éstas no se han dado o si cambian esencialmente, no se cometerá infidelidad, ya que “eadem conditiones non extant”.

centrada en el consentimiento contractual⁵⁴. Si las partes no previeron el cambio de circunstancias, o no incluyeron una previsión sobre las consecuencias del cambio de circunstancias, resulta inconsecuente hablar de cláusula y mucho más si esta es implícita. Así, de un lado, las cláusulas deben ser expresas y, en cualquier caso, de otro lado, la voluntad, como tal voluntad, debe ser expresa o tácita, pero no, en ningún caso, implícita o presunta. Todo aquello que se presume ni existe ni se puede inferir de lo que existe⁵⁵.

Lo anterior no implica, obviamente, que si una o ambas partes hubieran previsto la posibilidad de que las circunstancias presentes en el momento de contratar variarían, hubieran incluido un pacto contractual o incluso no hubieran contratado. Pero tampoco, mucho menos, que si no previeron ese cambio de circunstancias, la justificación que, en su caso, deba darse a los efectos que se deriven de ese cambio pueda encontrarse en la existencia de una cláusula implícita y, en definitiva, en el consentimiento contractual⁵⁶.

Junto a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, la teoría de la presuposición, obra de WINDSCHEID⁵⁷, también encuentra su fundamento en el elemento del

⁵⁴ Sorprendentemente, algún autor aislado, aun recientemente, sigue recurriendo a explicaciones basadas en el consentimiento contractual y las cláusulas implícitas. V. FERNANDES DE ALMEIDA, R.: *Alteración de circunstancias y revisión contractual*. Tesis doctoral dirigida por Eugenio Llamas Pombo. Universidad de Salamanca, 2011, p. 245.
(http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121147/1/DDP_FernandesdeAlmeidaRoberto_Tesis.pdf)

⁵⁵ En este sentido por ejemplo y entre muchos otros, GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: “Algunas consideraciones...”, p. 108; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico...*, pp. 314 a 326; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 31; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 1060; y QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, en AA.VV.: *Tratado de contratos. T. I: concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*. Coordinado por Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 1374.

⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F.: (*El negocio jurídico...*, p. 317) rechaza cualquier fundamento de la cláusula que se base en el consentimiento contractual, aunque afirma que “[m]as, ello no obstante, aquella antigua argumentación no ha sido hecha en vano, pues la referencia a la condición implícita y al error llama la atención hacia el elemento del negocio donde está la posible justificación de la cláusula implícita, el que aquí se viene llamando causa concreta. Es decir, no de la causa en el sentido del tipo del negocio, sino de aquel propósito práctico conocido y aceptado implícitamente por las partes, conforme a la naturaleza y circunstancias concretas de cada negocio”.

Volveremos sobre esta cuestión más adelante. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que si bien estamos de acuerdo con que el fundamento de cualquier teoría o doctrina que se elabore para la solución del problema del cambio de circunstancias no se encuentra en el consentimiento contractual, sí es necesario incidir, aunque sea lateralmente, sobre esta cuestión como paso previo a la comprensión del problema con toda la amplitud que merece.

⁵⁷ Ampliamente sobre esta teoría y su crítica, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo...”, pp. 525 a 601.

consentimiento contractual. Así, por presuposición se entiende una condición autodelimitadora de la voluntad que puede ser de hecho, de derecho, positiva, negativa, pasada, presente o futura y que se distingue de cualquier otro tipo de condición por el hecho de que la presuposición no ha sido explicitada en el contrato expresamente⁵⁸. El concepto de presuposición tal y como fue definido por WINDSCHEID es enormemente amplio por cuanto puede derivarse de las circunstancias que las partes hayan expresado como presentes o queridas a la hora de contratar, o de aquellas otras que debían derivarse de las circunstancias presentes. De hecho, basta con que la otra parte conociera la existencia de esas circunstancias para que pudiera tenerse por sobreentendida la presuposición⁵⁹.

La diferencia con respecto a la condición es que la presuposición no solo no es explícita, sino que, además, tampoco tiene —como la condición— un efecto automático: debe hacerse valer a modo de excepción. También se ha dicho que la condición y la presuposición se diferencian por el distinto modo en que afectan a la eficacia del negocio. Así, mientras que la condición evita (si se configura como suspensiva) que el negocio despliegue efectos, la presuposición provoca que los efectos que ya fueron creados y que debían ser definitivos, devengan ineficaces o inexigibles⁶⁰. En realidad, como de nuevo pone de manifiesto la doctrina, la teoría de la presuposición —igual que la doctrina *rebus sic stantibus*— supone llevar a sus máximas consecuencias la supremacía de la voluntad —lo verdaderamente querido—⁶¹ frente a lo declarado. Su problema (uno de ellos) igual que el de la cláusula *rebus sic stantibus* (en su configuración tradicional) estriba en el

A pesar de que no resulta discutible el origen de la teoría de la presuposición en la pandectística alemana, es cierto que podría buscarse su fundamento en el Derecho romano. Un origen remoto, según GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (*Ibidem*, pp. 532 y 533): “Lo que, en cualquier caso, parece bastante claro es que los fundamentos históricos de la teoría de la presuposición serían sólo a duras penas reconducibles al Derecho romano, en el que, si bien es posible ver empleadas las expresiones “conditio”, “causa” y “modus”, no parece que pueda obtenerse por generalización la aceptación de una doctrina tan abstracta, tan alejada de los casos como es la de la presuposición. Estaríamos otra vez, parece ser, ante una referencia al Derecho Romano que sería no tanto inspiradora cuanto legitimadora a posteriori de una construcción doctrinal”.

⁵⁸ Sobre los caracteres de la presuposición, v. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, pp. 66 a 71.

⁵⁹ V. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “La doctrina de...”, p. 285.

⁶⁰ Cfr. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *Ibidem*, p. 287.

⁶¹ En este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo...”, p. 530.

Un ejemplo claro en la doctrina española sobre la defensa férrea de la voluntad real frente a la declarada puede encontrarse en DE COSSIO, M.: *Frustraciones y desequilibrios...*, p. 42.

hecho de que ni siquiera es necesario la demostración de que esa voluntad —no expresada— en realidad exista. Más bien al contrario, como ya hemos visto, aquello que se presupone (o que debió presuponerse, o que cualquiera hubiera supuesto) ni siquiera se imaginó.

A nuestro juicio, como veremos (V. Capítulo 5º), no existen diferencias de peso entre la doctrina *rebus sic stantibus* y la teoría de la presuposición elaborada por WINDSCHEID. El acento diferencial que suele ponerse entre una y otra consiste en el hecho de que la presuposición parte de la voluntad contractual, mientras que la *rebus sic stantibus*, aun cuando su fundamento también se encuentra en la voluntad, opera a posteriori y con independencia de cuál fuera la voluntad de las partes. De hecho, según la concepción clásica de la doctrina *rebus sic stantibus*, se sobreentiende (y por lo tanto no necesariamente debe ser así) que el consentimiento contractual solo se prestó para el caso en que las circunstancias se mantuvieran tal y como se encontraban en el momento de contratar. Es, por ello, que si bien la doctrina *rebus sic stantibus* tiene su fundamento último en el consentimiento (o ausencia de él) contractual, no lo es menos que sus presupuestos de aplicación, en última instancia, prescinden, en realidad, de que existiera esa voluntad⁶². Pero, del mismo modo, si se atiende a la propia concepción de WINDSCHEID⁶³ sobre la doctrina de la presuposición y su aplicación, se comprobará que esta tampoco exige que efectivamente alguna o ambas partes hayan supuesto la existencia y persistencia de una serie de circunstancias. Es suficiente de hecho con que la presuposición se entienda implícita por las circunstancias que rodeaban a las partes o a su situación en el momento de contratar.

Lo anterior hace evidente, a nuestro juicio, que entre la doctrina *rebus sic stantibus* y la doctrina de la presuposición existen más semejanzas que diferencias. En ambas se utiliza el consentimiento contractual como fundamento de sus efectos y propia existencia pero en ambas se prescinde, al mismo tiempo, de cuál fue la verdadera voluntad de las partes, para así quedarse con la que hubiera o debiera haber sido esa voluntad de haberse

⁶² Sobre las diferencias entre la presuposición y la doctrina *rebus sic stantibus*, v. DE COSSIO, M.: *Frustraciones...*, p. 117 a 129 y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “La doctrina de...”, p. 288.

⁶³ Cfr. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo...”, p. 528.

conocido los acontecimientos que se desconocían y sobre los que, por lo tanto, las partes solo podían elucubrar pero no consentir.

Cierto es que la presuposición, a diferencia de la doctrina *rebus*, pretende huir de cualquier semejanza a la condición implícita⁶⁴. Se trata de una verdadera ausencia de consentimiento y no de una cláusula o condición que deba entenderse sobreentendida en todo contrato. Aun así, condición y presuposición no pueden asimilarse sin más. A pesar de que la presuposición resulte falsa o desaparezca, los efectos del negocio siguen produciéndose. En ese caso lo que ocurre es que esos efectos jurídicos carecen entonces de *iusta causa*. Esa ausencia de justa causa consiste precisamente en la inexistencia de una verdadera voluntad habilitante de los efectos jurídicos creados por el contrato⁶⁵.

Con la presuposición se intenta huir de algunas de las principales críticas clásicas a la doctrina *rebus sic stantibus*. Se pretende, en efecto, no contrariar el *pacta sunt servanda* y, al mismo tiempo, ampliar el reducido ámbito del error como vicio de la voluntad. Se da preferencia a la voluntad real (la presuposición) frente a la voluntad declarada (no querida), de tal modo que no se excepciona sino que se limita el *pacta sunt servanda* dando prevalencia a un principio que se considera no menos importante: el del dogma de la voluntad real frente a la voluntad declarada. Una voluntad real que, sin embargo, no ha sido declarada y que ni siquiera se interpreta o se deduce de la declarada, sino que debe presuponerse.

Por otro lado, se da relevancia a un error que, según la disciplina clásica de esta figura, es del todo irrelevante. Como pone de manifiesto la doctrina⁶⁶, la presuposición —como el error— es una divergencia entre lo realmente querido y lo manifestado. El problema reside en que el error que se pone de manifiesto a través de la presuposición no recae sobre el objeto del contrato, sino en una serie de circunstancias que, supuestamente, estaban o debían estar en la mente de una o de ambas partes y que resultaban esenciales

⁶⁴ Cfr. DE COSSIO, M.: *Frustraciones y desequilibrios...*, p. 117 a 129. Así también, LENEL, O.: “La cláusula “*rebus sic stantibus*”. Traducido por W. Roces. *RDP*: julio-agosto-1923, pp. 927 a 930.

⁶⁵ Así lo establece LENEL, O. (*Ibidem*, p. 198) quien afirma que, de seguirse la teoría de WINDSCHEID, la ausencia de causa de los efectos jurídicos producidos por el contrato deberían alegarse mediante una *exceptio doli* o una *conditio sine causa*.

⁶⁶ Cfr. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo...”, p. 535.

para la existencia del contrato o cumplimiento del fin que se proponían alcanzar con él. Pero no es ese el único problema ni el principal. Además, a través de la presuposición, se da relevancia al error en los motivos, por cuanto el cambio de circunstancias debe provocar unos efectos distintos a los queridos; efectos queridos que no son sino motivos de las partes que, como tal y en principio, son irrelevantes si no se causalizan o condicionan (o, si se admite la teoría de la presuposición, se presuponen).⁶⁷ Obsérvese que, en realidad, cualquier presuposición referente a circunstancias futuras o que se base en la invariabilidad de las circunstancias presentes en el momento de contratar no dejan de ser motivos que, sin la presuposición, y siempre que no pasen a formar parte de la estructura del contrato, deberían resultar del todo irrelevantes.

Y es esa la principal crítica que se le hace a la teoría de la presuposición. Los motivos, por mucho que sea lo que en realidad explica el contrato (lo que impulsa a las partes a contratar), no pasan a formar parte de su estructura. Son individuales, personales e inoponibles a la parte contratante a no ser que se eleven a la categoría de condición o que, aun sin imponerse como condición, pueda entenderse que forman parte de la causa del contrato como algo distinto a la motivación o fin particular de una de las partes. No es esta una crítica formal. No se rechaza la presuposición ni el error en los motivos simplemente porque se acepte sin más, como un tópico inamovible, que los motivos son irrelevantes, sino porque, en realidad, dar relevancia a los motivos y al mismo tiempo seguir dando valor a la seguridad en el tráfico y a la confianza en la declaración como valores o principios fundamentales del sistema contractual es contradictorio e

⁶⁷ Sigue exponiendo el anterior autor que (*Ibidem*, pp. 538 y 539): “De todas formas, lo más interesante de su construcción es el expediente que le permitió compatibilizar este dogma con otro: el de la irrelevancia de los motivos. Windscheid no habló de motivo inexpreso, sino de condición no manifestada. Esta figura le permitió alcanzar un triple objetivo: primero, mantener la coherencia interna de la abstracción que supone la teoría de la presuposición, dado que el elemento común, sino el único, que hay entre el error y la sobreveniencia de circunstancias no previstas no es otro que la existencia de aquella condición presupuesta; segundo, insertando así ambos fenómenos, como si fuese una consecuencia lógica y natural, en la más abstracta categoría de la presuposición, parece como si todo ello no fuese otra cosa que el resultado de extraer de la teoría del negocio jurídico sus consecuencias lógicas y naturales, reafirmando de este modo el dogma de la voluntad; y tercero, hablando en términos de condición no ponía en duda el dogma de la irrelevancia de los motivos”.

Al respecto, establece AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*La cláusula rebus...*, p. 68) que “[e]l propio autor era consciente de que el problema de “los motivos” era el punto débil de su teoría, y por ello afirmaba que el error en los motivos sólo era relevante cuando se elevaba a la categoría de presuposición”.

inconsecuente⁶⁸. El motivo, para que sea relevante y oponible, debe ser incorporado al contrato por aquel que quiera oponerlo⁶⁹.

Es evidente que no se contrata porque sí, sino para dar cumplimiento a una determinada finalidad que, como tal, siempre es subjetiva, personal o psicológica⁷⁰. Cuestión distinta es la relevancia de esa motivación personal y hasta qué punto esa motivación o finalidad puede imponerse a la otra parte cuando el negocio es bilateral. Se pueden imponer a las partes —y por lo tanto, tienen incidencia en el contrato— todos aquellos elementos que sean intrínsecos a este y que, como tal, sean compartidos o deban compartirse por ambas partes: vicios del consentimiento provocados o reconocibles por la otra parte, vicios o defectos en la causa, la ilicitud del objeto; pero no aquello que, a pesar de ser fundamental y esencial para una de las partes, no forma parte del vínculo negocial. WINDSCHEID era tan consciente de este punto que seguía manteniendo que los motivos eran irrelevantes. En efecto, afirmaba que los motivos eran irrelevantes, pero también que la presuposición es algo distinto a los motivos, toda vez que esta, para que tenga algún efecto, debe ser conocida —y conociéndola de algún modo es aceptada— para la otra parte⁷¹.

El error del que adolece la teoría de la presuposición está, como ya ha sido puesto de manifiesto⁷², en considerar que los motivos dejan de ser motivos y pasan a ser

⁶⁸ Establece GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (“Presuposición y riesgo...”, p. 541) que “[...] mantener y afirmar el dogma de la irrelevancia de los motivos, y al mismo tiempo, reconocer relevancia a la presuposición o a cláusulas consideradas sobreentendidas o a representaciones mentales sería tanto como, por un lado, asumir los defectos de tal dogma —la estrechez en la selección de las circunstancias relevantes en la marcha de las relaciones económicas y, por otro, renunciar a sus posibles ventajas— la seguridad del comercio y la previsibilidad del resultado de las operaciones económicas. En línea de principio, basta conocer los términos en los que se va a concluir un negocio, así como la evolución posterior de las circunstancias que sobre él pueden incidir, para poder hacer los cálculos económicos en orden a decidir su carácter ventajoso o desventajoso. Si a esos dos elementos añadimos otro consistente en los cálculos, expectativas o intereses de la contraparte, aunque no hayan quedado garantizados expresamente, para poder prever si los efectos de la operación serán reconocidos o no por el ordenamiento jurídico, los contratos no serían sino meras declaraciones de intenciones, pues estarían condicionados en su eficacia a la realización de las expectativas y a la satisfacción de los propios intereses, aunque aquéllos o éstos no se desprendan de los términos expresos en que fue concluida la operación”.

⁶⁹ Cfr. LENEL, O.: “La cláusula...”, p. 198.

⁷⁰ En este sentido, CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos...*, p. 963.

⁷¹ De un modo ejemplar lo expone LENEL, O.: “La cláusula...”, pp. 198 y 199.

⁷² Cfr. LENEL, O.: *Ibidem*, 199 y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “La doctrina de...”, p. 288.

contenido del contrato por el solo hecho de que sean cognoscibles por la otra parte. Que el motivo se comuniqué o que la otra parte lo intuya o que lo sepa por otras razones no cambia su naturaleza de simple motivo irrelevante. Sin perjuicio de consideraciones sobre la mala o buena fe a la hora de contratar, lo cierto es que, en principio, la motivación personal por la que cada una de las partes contrata es indiferente para la otra parte. Que se cumpla dicha motivación no es parte del contenido prestacional.

La situación ideal será siempre que el contrato se cumpla y que ese cumplimiento provoque *per se* la satisfacción de ambas partes, pero ello no es lo mismo ni puede equipararse. La satisfacción de las partes es, como el motivo o finalidad no causalizada, independiente al propio contrato, y lo es por mucho que una o ambas partes conozcan dicha finalidad. El contrato no tiene como presupuesto, y ni siquiera es la más típica de las situaciones, que las partes tengan una finalidad común, y mucho menos que ambas partes puedan cumplir la finalidad que se proponen⁷³. Pero aquí no acaba la crítica. Igual que ocurriría con la doctrina clásica de la *rebus sic stantibus*, la presuposición también opera sobre una ficción indemostrable. Esa ficción consiste en entender que existe un presupuesto, esencial para una o ambas partes, cuando la realidad se empeña en apuntar hacia otro lado: si no se introdujo una condición expresa, si no se casualizaron los motivos, intereses o finalidades concretas será, en principio, bien porque no se prestó la diligencia debida (esa falta de diligencia no puede provocar un beneficio en perjuicio de la otra parte); bien porque no se presupuso nada, o bien porque se aceptó el riesgo de que las circunstancias cambiaran⁷⁴.

2.3.2 Pacta sunt servanda, *alteración de circunstancias y riesgo contractual*

El principio *pacta sunt servanda* tiene una doble vertiente: una positiva y otra negativa. La positiva consiste en que las partes contratantes se obligan a todo aquello expresamente pactado, así como a cualesquiera otras consecuencias derivadas de las fuentes de interpretación e integración previstas por el ordenamiento (art. 1258 CC). La

⁷³ Así, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo...”, p. 541.

⁷⁴ Una clasificación muy parecida a esta puede encontrarse en GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *Ibidem*, p. 542.

vertiente negativa, por el contrario, se caracteriza por la irrelevancia de cualesquiera otros elementos o circunstancias no contempladas expresamente o no deducibles, a través de la interpretación o de la integración (cuando esta deba tener lugar), del contrato⁷⁵. Los contratos obligan a lo expresamente pactado (o a lo que se pueda deducir de la interpretación o integración) —vertiente positiva— y, al mismo tiempo, se ve encorsetado por lo pactado: ningún elemento externo al contrato debe afectar a las obligaciones que nacen de él para las partes —vertiente negativa—.

Si se acepta lo anterior, no puede sino concluirse que hablar de *pacta sunt servanda* es siempre hablar de asunción de riesgos. Contratar es sinónimo de delimitar, asumir y excluir riesgos. Tanto si se excluye alguna determinada norma dispositiva sobre distribución de riesgos, como si se pactan las consecuencias que tendrá para las partes un determinado acontecimiento o, incluso, si nada se pacta sobre riesgos, las partes —consciente o inconscientemente— están delimitando quién y de qué manera debe asumir(se) una circunstancia que altere la configuración contractual inicial⁷⁶. Es precisamente por este motivo por lo que se afirma una y otra vez que el reconocimiento de la doctrina *rebus sic stantibus*, de la presuposición o de cualquier otra asimilable supone un atentado al *pacta sunt servanda*. Las partes pueden alcanzar los pactos que tengan por conveniente, también en materia de riesgos; si nada pactan, también en virtud del *pacta sunt servanda* (en su vertiente negativa), deben estar a lo dispositivamente regulado en la ley sobre el particular y, por último, también en virtud del principio *pacta sunt servanda* (en su vertiente negativa), si nada pactan y si nada prevé la ley, ninguna consecuencia se puede dar a la alteración de circunstancias posterior al contrato.

¿De qué manera es posible dar relevancia a aquello que no prevé la ley y que no pactaron las partes sin contradecir el principio *pacta sunt servanda*?; ¿cómo es posible afirmar que los contratos son obligatorios si pueden verse afectados por alguna circunstancia que, en principio, les es ajena?

⁷⁵ Cfr. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: *Ibidem*, p. 541.

⁷⁶ En el mismo sentido, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “Relación entre el incumplimiento contractual y la cláusula “*rebus sic stantibus*” en el contrato de obra. Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4573)”. *RarDPatr*: nº 10, año 2003-1, p. 138.

Aquello que excede de lo pactado (incluyendo aquellas consecuencias que se deriven de la interpretación o de la integración contractual) o que no tengan acomodo en la ley no puede afectar al contrato sin poner en peligro la propia idea de contrato y sus límites. Ello es así desde un punto de vista jurídico, pero también social y económico. Quien contrata lo hace, por norma general, con la intención de cumplir los compromisos alcanzados y con la confianza de que la contraparte haga lo propio. Los contratos se cumplen porque así lo exige el Derecho pero también, sin que ambas razones deban contraponerse, porque en el cumplimiento del contrato no solo se pone en juego la activación de las consecuencias legales del incumplimiento, sino también la propia reputación. Una reputación que genera confianza y que se basa precisamente en la idea que va implícita en el *pacta sunt servanda* pero que, al mismo tiempo, es ajena a la coactividad y al propio Derecho. Son estas las razones por las que decimos que no puede excepcionarse sin más este principio. Los contratos y sus pactos deben cumplirse según lo pactado, aunque este cumplimiento sea difícil o ya no resulte beneficioso para alguna de las partes. Esta es la regla y así debe seguir siendo para que el sistema funcione no solo a nivel jurídico, sino también desde una perspectiva económica. Quizás pueda haber excepciones, pero esas excepciones deben estar bien concretadas y nunca perder su carácter especial⁷⁷.

Si el consentimiento es libre y consciente, se presupone que ambas partes consideran que el contrato y los pactos que alcanzan les son beneficiosos y el cumplimiento será algo querido. Estéril resulta hablar entonces del *pacta sunt servanda*. El problema surge cuando, por algún motivo, el cumplimiento de aquel contrato libre y voluntariamente asumido no es beneficioso o no lo es en las mismas condiciones iniciales. Es en ese momento cuando debe activarse el *pacta sunt servanda* con todo su rigor y en virtud de un consentimiento que en el momento del cumplimiento se retiraría o no se volvería a otorgar. Es este uno de los valores y funciones del contrato: garantizar el cumplimiento en virtud del consentimiento dado, a pesar de que el cumplimiento o el propio contrato no sea ya querido por una de las partes. Todo lo anterior entronca, como

⁷⁷ Ejemplarmente lo expone SALVADOR CODERCH, P. (“Alteración de circunstancias...”, p. 13): “Si todos los contratos fueran generalmente revisables, la confianza de los agentes económicos se desvanecería. Y la confianza —*animal spirits*— es fundamental en todo sistema económico, pues los contratantes confían en que, normalmente, los contratos se cumplirán al margen del aparato coactivo del Estado, sin necesidad de recurrir a los jueces y tribunales; esto último nunca es óptimo, ni siquiera un *second best*, sino —precisamente— un último recurso, sólo algo menos malo que la guerra. Las normas sociales, pues, antes que las jurídicas favorecen la vinculación contractual”.

es obvio, con la idea de riesgo contractual. Por riesgo contractual entendemos toda aquella circunstancia que de alguna manera altera el plan prestacional ideal previsto por alguna o por ambas partes. Ello incluye, como es obvio, la imposibilidad de la prestación, pero también su dificultad, una mayor onerosidad en sentido económico o simplemente la pérdida de interés en el contrato por una de las partes.

Tratar del tema de los riesgos solo tiene sentido cuando el riesgo únicamente afecta a una de las partes o en mayor grado a una que a otra. Si el riesgo es común y afecta por igual a ambas partes, estas se encargarán de alcanzar un nuevo equilibrio contractual. En cambio, solo cuando la nueva circunstancia afecta a una sola de las partes y resulta indiferente o incluso beneficia a la contraparte, podemos hablar propiamente de riesgo. Riesgo que se atribuirá a una u a otra parte en función de a quién afecte el cambio de circunstancias y también en función de cuál sea la distribución de riesgos establecida legal o contractualmente. Así, por ejemplo, si se hace imposible la prestación de entregar una determinada cosa en virtud de un contrato de compraventa, en principio el riesgo afecta a ambas partes: al acreedor por cuanto la prestación a la que tiene derecho se hace imposible y al deudor, por cuanto pierde la propiedad o posesión del bien vendido. Ese riesgo, sin embargo, puede ser modulado legalmente o contractualmente en función de cuáles sean las consecuencias jurídicas que se atribuyan al acontecimiento en cuestión. Si el acreedor del bien perorado debe pagar su precio, se afirma que el riesgo corre de su lado. En cambio, si el acreedor, ante la imposibilidad de la prestación, puede negar el pago de la contraprestación, el riesgo será del deudor de la obligación de la entrega de la cosa. Imagínese también el supuesto en que la obligación de una de las partes se haga mucho más onerosa desde un punto de vista económico. En este caso, el riesgo afecta al deudor de la prestación que se ha vuelto más onerosa. No obstante, de nuevo, ese riesgo puede estar modulado legalmente o haberse modulado por las partes mediante la inclusión de un determinado pacto que haga soportar al acreedor parte del riesgo consistente en esa mayor onerosidad.

Lo anterior evidencia que son dos las cuestiones a tratar en tema de riesgos: la primera de ellas, de carácter previo, consiste en determinar a qué parte del contrato y a qué obligación afecta, de forma “natural” o típica, el acontecimiento que altera, dificulta o imposibilita el contenido prestacional pactado inicialmente; la segunda reside en determinar cuáles son las consecuencias legales que se atribuyen al acontecimiento en

cuestión. Estas consecuencias pueden estar definidas en el propio tipo contractual, por ley, o haber sido objeto de un pacto expreso. En cualquier caso, son las partes las encargadas de distribuir los riesgos del contrato, y lo son aunque no sean conscientes de ello. Si hay un pacto expreso en el que se recojan las consecuencias ante un determinado acontecimiento, está claro: las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, han sido quienes han distribuido los riesgos contractuales. En el caso en que las partes nada hayan pactado sobre riesgos contractuales, sean conscientes o no, también habrán distribuido los riesgos contractuales. En efecto, ante la ausencia de un pacto, la distribución de riesgos será la legalmente establecida.

Sin embargo, en ocasiones, ya lo hemos visto, se presenta lo que a nuestro juicio es una falsa dicotomía: o *pacta sunt servanda* o dar alguna relevancia a los riesgos imprevistos por las partes y no regulados legal o normativamente⁷⁸. Pero ello no es cierto. La relación entre *pacta sunt servanda* y distribución de riesgos no es una relación de jerarquía, sino de complemento. Para entenderlo rectamente es preciso que a su vez se comprenda que el *pacta sunt servanda* no es absoluto ni ilimitado. Sus límites son, como no, los dispuestos en el art. 1255 CC, pero también la propia teoría general del contrato. Parece evidente pero tendemos a olvidarlo. Ningún principio es absoluto, y menos cuando ese principio forma parte de un sistema complejo y con múltiples prismas o puntos de vista⁷⁹. La cuestión reside en averiguar cuáles son sus límites.

¿Dar relevancia y anudar consecuencias al problema de la alteración de circunstancias supone un atentado contra el principio *pacta sunt servanda*? A nuestro juicio, dar relevancia a la alteración de circunstancias no tiene por qué ser contradictorio con el principio *pacta sunt servanda* y ello por dos razones íntimamente relacionadas: (i) el alcance de este principio no es ilimitado y (ii) existen parcelas y circunstancias que, aun ajenas al contrato y sus elementos, pueden no verse afectadas por la vigencia del *pacta sunt servanda* en sentido negativo. Lo que se previó (o debió preverse) pero no se pactó, queda afectado por el principio *pacta sunt servanda* en su vertiente negativa. La

⁷⁸ Así, por ejemplo, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 178 y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “La doctrina de...”, pp. 25 y 26.

⁷⁹ Sobre las construcciones puramente dogmáticas y conceptuales y su escaso valor, v. VIEHWEG, T.: *Tópica y Jurisprudencia*. 2ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

previsión de un determinado riesgo y la no inclusión de una determinada cláusula sobre este riesgo es tanto como aceptar los riesgos que el cumplimiento estricto del contrato comportará para cada una de las partes en el supuesto en que se alteren las circunstancias o condiciones con posterioridad a la perfección del contrato⁸⁰. ¿Qué ocurre, sin embargo, si la circunstancia no se previó (fuera imprevisible o no)?; ¿debe cumplirse igualmente el contrato en virtud del *pacta sunt servanda* en su vertiente negativa?

A nuestro juicio, imprevisión (sin que exista deber de prever) y aplicación del *pacta sunt servanda* son incompatibles⁸¹. Y no, necesariamente, porque apostemos por la modificación, readaptación o extinción del contrato en el caso de que concurra una circunstancia imprevista, sino porque ambos conceptos operan en campos distintos; excluyentes. Aquello que no ha sido ni debió ser previsto queda fuera del contrato de un modo distinto de aquello que sí se ha previsto o se ha podido prever y sobre lo que, no obstante, no se ha pactado. Así, en efecto, lo imprevisto tampoco ha sido consentido y, como tal, se le dé la relevancia que se le dé, no puede resolverse sin más trayendo a colación la aplicación o excepción del *pacta sunt servanda*. La cuestión escapa del consentimiento contractual y del *pacta sunt servanda*, y debe resolverse con otros elementos de la teoría general del contrato. Quizás no haya que dar relevancia a la alteración de las circunstancias. Quizás no hay ninguna institución que se encargue (o

⁸⁰ Una buena prueba sobre los límites del cumplimiento o a la indemnización en el supuesto en que concurran circunstancias imprevistas (o imprevisibles) la encontramos en el art. 1.107 CC. Es cierto que este artículo no se circunscribe a los límites del cumplimiento, sino a la indemnización en caso de incumplimiento. En cualquier caso, este es, a nuestro juicio, un ejemplo inmejorable de la virtualidad e importancia del criterio de la (im)previsibilidad en el régimen de las relaciones contractuales.

Establece SALVADOR CODERCH, P. (“Alteración de circunstancias ...”, p. 39) que el art. 1107 CC es uno de los límites del *pacta sunt servanda* (aunque sea en sede de remedios y no de cumplimiento): “De esta forma, en sede de remedios —es decir, sin necesidad todavía de acudir a la doctrina de la alteración de las circunstancias y a su posible relevancia—, queda claro que el acreedor contractual no puede confiar ilimitadamente en que o bien su deudor cumplirá a toda costa —sea cual fuere el coste del cumplimiento—, o bien pagará por los daños de la expectativa frustrada por el incumplimiento: carecería de sentido económico y resultaría contrario a la buena fe jurídica permitir una confianza ilimitada —y no revelada— del acreedor y exigir que el deudor cargara con costes extraordinariamente elevados en prevención del propio incumplimiento”.

⁸¹ Tampoco cree que sean incompatibles, aunque sin especificar los motivos, LLUIS Y NAVAS BRUSI, J.: “La llamada cláusula *rebus sic stantibus* como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados”. *R.G.L.J.*: t. XXXIII (201), 1956, p. 380: “Se ha querido ver una contradicción entre este principio y la cláusula *rebus sic stantibus*, particularmente en los casos en que no se halla especificada en un convenio afectado por ella. En realidad, esta cláusula no es contradictoria, es complementaria del principio que obliga a respetar los pactos, pues ambos criterios se aplican a situaciones distintas”.

deba encargarse) de regular tal problemática. Lo que no podemos admitir es que la razón de esa negativa se encuentre en la inexcusabilidad del *pacta sunt servanda*.

Lo que no se previó ni debió preverse no se consintió. Si se rechaza que el fundamento de la doctrina *rebus sic stantibus* o de la teoría de la presuposición se encuentre en una especie de consentimiento implícito precisamente porque aquello que no se previó no se consintió, también debe rechazarse que aquello que no se previó no pueda afectar al contrato por el solo hecho de que nada pactaron las partes al respecto. Admitir estas dos premisas no es contradictorio, porque tampoco es contradictorio afirmar la plena vigencia del *pacta sunt servanda* y, al mismo tiempo, dar relevancia a la alteración de circunstancias cuando reúna determinadas características.

La existencia de consentimiento, a través de la inclusión de un determinado pacto o no incluyéndolo cuando el objeto de dicho pacto era previsible y debía preverse, excluye el problema de la alteración de circunstancias. Lo contrario sería una excepción, a nuestro juicio, equivocada al *pacta sunt servanda*. Lo que no es una excepción al *pacta sunt servanda* es dar relevancia a la alteración de circunstancias cuando la circunstancia en cuestión no fue objeto de un pacto expreso y además no era previsible, o aun siéndolo, no debió ser prevista.

Con anterioridad al análisis de los fundamentos concretos y posibles soluciones al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias resulta imprescindible que abordemos cuál es la naturaleza concreta de esta institución y su encaje en la teoría general del contrato. Para la consecución de esta tarea nos apoyaremos primero en la aplicación y entendimiento que de la doctrina *rebus sic stantibus* realizan nuestros tribunales, al ser esta doctrina prácticamente la única expresión del problema en nuestro ordenamiento.

3. REQUISITOS JURISPRUDENCIALES PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA *REBUS SIC STANTIBUS*

No existe en el derecho civil español ninguna norma que dé solución con carácter general, y desde la teoría general del contrato o de las obligaciones, al “problema” de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Lo único que existe, aunque muy pocas veces se ha aplicado, es una doctrina, la de la *rebus sic stantibus*, que si de algo puede presumir es de excepcional⁸². Esta excepcionalidad viene dada por varios factores que, aun distintos, guardan una relación de causa-efecto (o de efecto-cause por cuanto resulta desconocido cuál de esos factores es consecuencia y cuál origen).

A saber, la doctrina *rebus sic stantibus* es excepcional porque, en primer lugar, su existencia y aplicación es estrictamente jurisprudencial; en segundo lugar, porque los requisitos y presupuestos de aplicación son, como veremos, de muy difícil apreciación y, en tercer lugar, porque el TS ha venido afirmado, hasta fecha muy reciente, de forma constante y reiterada, que dicha doctrina es de aplicación extraordinaria. Estos tres factores ponen de manifiesto que, en principio, al menos según la doctrina tradicional de nuestro TS, la alteración de las circunstancias no debe tener incidencia alguna en el marco contractual. Y no debe o no tiene incidencia la alteración de las circunstancias no porque los requisitos de aplicación de la doctrina sean muy estrictos. Parece que es más bien al contrario. Los requisitos de aplicación son muy estrictos porque el TS se ha aferrado tradicionalmente a una concepción estricta del *pacta sunt servanda*, según la cual ningún factor que no pueda considerarse realmente extraordinario e imprevisible puede tener influencia en las obligaciones de las partes⁸³.

⁸² En este sentido, SOTO NIETO, F.: *Derecho Vivo: Jurisprudencia Comentada. T. II*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971, p. 403 y VERDERA SERVER, R.: “Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2000: aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un contrato de suministro”. *C.C.J.C.*: abril/septiembre, 2001, p. 439.

⁸³ Son reiteradas las SSTS que afirman el carácter extraordinario y peligroso de la cláusula o doctrina *rebus sic stantibus*. Así, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las SSTS 27 junio 1984 (RJ 1984/3438); 17 mayo 1986 (RJ 1986/2725); 21 febrero 1990 (RJ 1990/707); 26 octubre 1990 (RJ 1990/8049); 10 diciembre 1990 (RJ 1990/9927); 23 abril 1991 (RJ 1991/3023); 8 julio 1991 (RJ 1991/5376); 6 noviembre 1992 (RJ 1992/9226); 24 junio 1993 (RJ 1993/5382); 4 febrero 1995 (RJ 1995/739); 29 mayo 1996 (RJ 1996/3862); 10 febrero 1997 (RJ 1997/665); 15 noviembre 2000 (RJ 2000/9214); 18 junio 2004 (RJ 2004/3631); 22 abril 2004 (RJ 2004/2673); 25 enero 2007 (RJ 2007/592); 1 marzo 2007 (RJ 2007/1618) y 21 mayo 2009 (RJ 2009/3187).

La doctrina *rebus sic stantibus* y, por ampliación, sus requisitos son de carácter excepcional porque el alto tribunal ha venido considerando que el problema es y debe ser excepcional. Así lo demuestra sin duda el hecho de que la doctrina haya permanecido invariable desde sus orígenes hasta la actualidad, en la que algunos de esos requisitos se han flexibilizado (V. apartado 3.5 de este capítulo)⁸⁴. Basta comparar algunas de las más antiguas SSTs⁸⁵ sobre la doctrina *rebus sic stantibus*, con algunas de las más recientes⁸⁶, para percatarse de que la doctrina no ha evolucionado demasiado. Las circunstancias sociales y económicas de la sociedad española son muy diferentes a las existentes a la finalización de la guerra civil, época en la que surgió con fuerza la aplicación jurisprudencial de la doctrina. Ese cambio de las circunstancias sociales y económicas de la sociedad no ha llevado aparejada, hasta fecha muy reciente, una modulación de los requisitos para su aplicación. Tanto es así, que si bien el TS no ha supeditado tradicionalmente la aplicación de la mal llamada cláusula *rebus sic stantibus* a situaciones catastróficas o de conflicto bélico, a la fin y a la postre, a través de las constantes referencias a la excepcionalidad de la doctrina y a la rigurosidad exigida para la apreciación de sus requisitos, la doctrina solo ha podido ser aplicada a sucesos no solo imprevisibles y graves, sino realmente extraordinarios⁸⁷.

⁸⁴ Sin considerar por ahora las recientes SSTs que analizamos en el apartado 3.5 de este capítulo, en las que parece haberse iniciado una nueva configuración de la doctrina *rebus sic stantibus* en nuestro sistema de derecho contractual.

⁸⁵ V. por ejemplo, SSTs 17 mayo 1941, 13 junio 1944, 5 junio 1945, 31 marzo 1960, 23 noviembre 1962, 31 octubre 1963 y 28 enero 1970.

⁸⁶ Así, la ya citada STS 21 mayo 2009 (RJ 2009/3187) sigue estableciendo que la doctrina *rebus sic stantibus* es de aplicación excepcional (V. fundamento de derecho sexto): “(...) este motivo tampoco puede ser estimado porque no se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Sala para la siempre excepcional aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, a saber, alteración extraordinaria de las circunstancias originales, desproporción exorbitantes y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes e imprevisibilidad de la alteración sobrevenida[...], pues aparte de no ser en absoluto extraordinaria, anómala ni imprevisible la mencionada reducción de plantilla, la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus* se funda en el art. 1258 CC y de ello se deriva que no resulte aplicable a favor de quien, como el recurrente, se desvinculó del convenio litigioso por razones de puro interés económico personal apuntadas por el tribunal sentenciador al señalar su falta de interés en que el nuevo corredor se incorporase a su grupo para que los beneficios de este se incrementaran aún más, como de hecho sucedió según demuestra el propio resultado de la liquidación”.

⁸⁷ En el mismo sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 227; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, p. 74 y SALVADOR CODERCH, P. “Alteración de circunstancias...”, pp. 15 a 20. A juicio de este último autor existen dos tipos de razones que justifican que la doctrina del TS no haya variado con el tiempo. La primera de ellas reside en el abuso que se hace en la práctica forense de la doctrina *rebus sic stantibus*, alegada con frecuencia de manera subsidiaria en supuestos en los que claramente no tiene cabida. La segunda de las razones que expone este autor se relaciona con el origen de la cláusula en la posguerra civil española.

Esa excepcionalidad, como afirmábamos, también se encuentra presente a través de los requisitos exigidos tradicionalmente por el TS para su aplicación. En efecto, como bien es sabido, y se encarga de recoger de manera uniforme el TS, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* exige que se aprecien de forma conjunta los siguientes elementos⁸⁸: (i) una alteración extraordinaria, imprevisible e inimputable de las circunstancias en el momento de cumplir las obligaciones en relación con las existentes al tiempo de la perfección del contrato; (ii) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo suele afirmarse, entre las prestaciones de las partes que suponga el derrumbe del contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones, y, (iii) que se carezca de otro remedio para la resolución del problema —la doctrina es de aplicación subsidiaria—⁸⁹. Lógicamente, y aunque no siempre se explicita, no basta la concurrencia de estos requisitos. Además, es necesario que exista una relación causal entre ellos: la desproporción exorbitante entre las prestaciones debe venir causada por la alteración extraordinaria e imprevisible de las prestaciones⁹⁰.

En cuanto a los presupuestos de aplicación, tanto la jurisprudencia como la doctrina exigen que el contrato en cuestión sea de ejecución diferida (no habiendo sido ejecutadas aún las prestaciones y no existiendo incumplimientos previos e independientes al cambio de circunstancias⁹¹) y que la alteración no esté contemplada legalmente ni haya sido objeto de un pacto específico por las partes⁹². En cambio, no existe unanimidad en

⁸⁸ Sobre los requisitos para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, v. TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, pp. 29 a 67; ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Madrid: Tecnos, 1968, p. 137 a 159; DE COSSIO, M.: *Frustraciones y desequilibrios...*, pp. 70 a 87; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil. T. II: Derecho de obligaciones*. Puesta al día con la colaboración de Fernando Reglero. Barcelona: Bosch, 2002, pp. 463 a 471; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...* pp. 1065 a 1070; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. ET ALII: *Curso de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex, 2008, pp. 471 a 476.

⁸⁹ En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 1066.

⁹⁰ V. ESPERT SANZ, V.: *La frustración del...*, p. 151.

⁹¹ Al respecto establece DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 1070) que “[l]a alteración sobrevenida de las circunstancias debe determinar un perjuicio que resulte injustificado de acuerdo con el sistema de responsabilidad estatuido para la obligación. Por consiguiente, no son tenidas en cuenta aquellas alteraciones, que repercuten en la posición de una de las partes y la perjudican a causa de un anterior incumplimiento o de la violación por ella de la obligación”.

⁹² Cfr. TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, p. 47 y DE COSSIO, M.: *Frustraciones y desequilibrios...*, p. 78.

lo referente a si es aplicable solamente a los contratos de tracto sucesivo o también a los de tracto único pero de ejecución diferida en el tiempo⁹³, ni tampoco sobre si es aplicable a los contratos aleatorios⁹⁴.

Sin perjuicio de que más adelante en este trabajo analizaremos de forma pormenorizada cada uno de los requisitos y presupuestos de aplicación de la doctrina, por ahora, en este apartado solo analizaremos, por qué motivo la alteración de circunstancias que dé lugar a la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* debe ser (o no) inimputable, extraordinaria e imprevisible. Son estos requisitos los que mejor informan sobre la compatibilidad de la figura con la noción de contrato de nuestro ordenamiento.

3.1 Alteración inimputable de las circunstancias

Si se acepta que el problema de la alteración de las circunstancias guarda estrecha relación con la asunción de riesgo contractual, entonces parece ineludible también la aceptación de que para que ese cambio de circunstancias pueda modificar de algún modo el deber de cumplimiento de las partes, debe ser inimputable a estas. En este tema, como en tantos otros en Derecho, existe la posibilidad de optar por decidir caso por caso qué

Obviamente, como ya hemos adelantado en el primer epígrafe de este trabajo, la previsión contractual o legal del cambio de circunstancias supone la asunción de un determinado riesgo por las partes y, en consecuencia, excluye el problema de la alteración de las circunstancias.

⁹³ La práctica totalidad de la doctrina se inclina por aplicar la doctrina *rebus sic stantibus* a todos los contratos de ejecución diferida, sean de tracto único o sucesivo. Así, entre otros, DÍAZ CRUZ, M (JR): “La cláusula...” p. 534; TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, p. 47; GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: “Algunas consideraciones...”, p. 104; FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: *La modificación del contrato*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1992, pp. 76 y 77; DE COSSIO, M.: *Frustraciones y desequilibrios...*, p. 78; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, p. 90 y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 1069.

Por otro lado, expone MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *ET ALII* (*Curso de Derecho Civil II...*, pp. 471 a 476) que el TS es más estricto a la hora de apreciar la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en aquellos supuestos en los que el contrato es de tracto único.

En contra de la aplicación de la doctrina a los contratos de tracto único, se pronuncia CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos...*, pp. 1029 y 1030.

⁹⁴ En sentido negativo, parecen pronunciarse QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual...”, pp. 1374 a 1379; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 1070 y ROCA SASTRE R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de derecho privado. Vol. I: Obligaciones y contratos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009, p. 311.

A favor, ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *Los contratos de juego y apuesta*. Barcelona: Bosch, 1996, pp. 105 a 108.

debe considerarse imputable o inimputable, quedándonos así en la comodidad del concepto jurídico indeterminado o intentar, en cambio, averiguar e investigar con más o menos abstracción a qué nos referimos y a qué se refiere la jurisprudencia cuando afirma con rotundidad que el cambio de circunstancias debe ser inimputable a la parte que pueda verse beneficiada por el cambio de circunstancias (o perjudicada si ese cambio no tiene incidencia en el contrato y sus obligaciones)⁹⁵.

A nuestro juicio, la referida inimputabilidad del cambio de circunstancias tiene, al menos, tres vertientes, ideas o conceptos con las que se relaciona o identifica. En primer lugar, con el caso fortuito y la fuerza mayor; en segundo lugar, con las circunstancias personales de la parte a la que afecta la alteración y, en tercer lugar, de nuevo, con la idea de riesgo contractual. Estas tres vertientes, aun con su propia sustantividad, confluyen en otra idea que las agrupa a todas y que, por ello, debe tenerse presente siempre al tratar sobre esta cuestión: la ajenidad del cambio de circunstancias⁹⁶ o, dicho de otro modo, la ausencia de control por la parte afectada por el cambio de circunstancias⁹⁷.

⁹⁵ Se pueden destacar las siguientes SSTs en las que se hace hincapié en el requisito de la inimputabilidad o ajenidad del cambio de circunstancias: SSTs 19 abril 1985 (RJ 1985/1804); 15 marzo 1986 (RJ 1986/2725); 17 mayo 1986 (RJ 1986/2725); 15 marzo 1994 (RJ 1994/1784); 19 noviembre 1994 (RJ 1994/8539); 4 julio 1996 (RJ 1996/5881); 10 febrero 1997 (RJ 1997/665); 21 marzo 2003 (RJ 2003/2762); 22 abril 2004 (RJ 2004/2673) y Auto TS 27 mayo 2008 (RJ 2008/4157).

⁹⁶ La ajenidad o inimputabilidad así expresadas no son patrimonio exclusivo de la doctrina *rebus sic stantibus*, sino que, como es lógico, acompañan al propio problema de la alteración de circunstancias sea cuál sea la teoría o doctrina que lo explique o solucione. Así lo expresa ejemplarmente LARENZ, K.: (*Base del negocio...*, p. 159) cuando señala que no deben tenerse en consideración los acontecimientos que sean personales del deudor, aquellos producidos con posterioridad al incumplimiento contractual (en concreto señala los supuestos de mora *solvendi* o *accipiendi*) o cuando (estos acontecimientos) formaran parte del riesgo contractual asumido. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 690. y CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos...*, p. 1034.

Pone de manifiesto QUICIOS MOLINA, S. (“La ineficacia contractual...”, p. 1376) que aunque el TS no siempre recoge de manera explícita la inimputabilidad del deudor como requisito para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es este un requisito siempre presente, explícita o implícitamente.

Buena prueba de que este requisito es exigido en cualquiera de las doctrinas que explican la alteración sobrevenida de las circunstancias es lo que señala PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil. T. II. Vol. III...*, p. 363 a 374) en relación con el derecho estadounidense. Así también en el estudio en Derecho comparado realizado por MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: (*La alteración de...*, pp. 31 a 73), en el que se pone de manifiesto que la ajenidad e inimputabilidad del cambio de circunstancias es exigido por el Derecho alemán, italiano, inglés y estadounidense.

⁹⁷ Esta idea de ajenidad viene claramente expresada en la regulación contenida en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales, en cuyo art. 6.2.2 se exige, para la aplicación de la excesiva onerosidad, que los eventos que causen esa excesiva onerosidad escapen al control de la parte en desventaja.

Los conceptos del caso fortuito y fuerza mayor se relacionan directamente con la imposibilidad de la prestación. Ello quizás se debe a que en los arts. 1182 y ss. CC, en sede de imposibilidad de la prestación, parece contraponerse la culpa del deudor y el caso fortuito. Así, claramente, en el art. 1183 CC⁹⁸ se establece que “[s]iempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito”. Se contrapone la culpa del deudor y el caso fortuito como si no hubiera término medio: todo lo que no sea caso fortuito será culpa del deudor o, si se prefiere, todo lo que no sea culpa del deudor es caso fortuito. Evidentemente, caso fortuito y fuerza mayor se relacionan directamente con la imposibilidad de la prestación. No obstante, no cabe olvidar que ese no es su único campo de aplicación⁹⁹. Nótese, de hecho, que el artículo en los que estos dos conceptos se definen (aunque sin nombrarlos), el art. 1105 CC, se encuentra entre los preceptos en los que se regula la responsabilidad por daños de carácter contractual. Responsabilidad contractual que puede surgir cuando la prestación es imposible (pero debida) o en muchos otros supuestos en los que la prestación es posible.

Dispone el art. 1105 CC que “[n]adie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. No se regula aquí el cambio de circunstancias y sus efectos en las obligaciones contractuales y para demostrarlo basta con insistir en el hecho de que este precepto se circunscribe a la responsabilidad por daños contractuales. Ahora bien, una cosa y la otra (el incumplimiento o la falta de cumplimiento y los daños causados por dicho incumplimiento) no son cuestiones autónomas sino relacionadas y aun dependientes: sin incumplimiento no hay deber de indemnizar y si no hay deber de indemnizar (porque el daño tiene su origen en el caso fortuito o en la fuerza mayor), quizás tampoco hay deber de cumplir si lo que ha causado el daño es algún suceso imprevisto o inevitable que altera las condiciones contractuales existentes en el momento de la perfección del contrato. Pero dejemos por ahora la previsibilidad o no del evento que altera las circunstancias y centrémonos en el otro elemento presente en el art. 1105 CC: la ajenidad.

⁹⁸ Como se comprenderá, por escapar al objeto del presente estudio, en él no se aborda qué debe entenderse por caso fortuito y sus diferencias (si existen o deben existir) con la fuerza mayor. Tampoco trataremos sobre cuál es la relación entre el nivel de diligencia exigido al deudor según el tipo de obligación de que se trate y el evento que le impida cumplir o le exonere de responsabilidad.

⁹⁹ En contra parece manifestarse TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, pp. 159 y 160.

El art 1105 CC parte de la idea de que los daños que no son previsibles o que aun siéndolos resultan inevitables no pueden imputarse al deudor. Y no se imputan al deudor simplemente porque así se disponga legalmente, sino porque estos daños en realidad son ajenos a la falta de cumplimiento¹⁰⁰. Tratándose de responsabilidad contractual, es obvio que la única causa directa que puede causar el daño al acreedor, se den o no los requisitos del caso fortuito, es la falta de cumplimiento. Pero si esa falta de cumplimiento viene provocada por causas que escapan del control (y que por lo tanto le son ajenas) del deudor, este no deberá responder de los daños provocados como consecuencia de la falta de cumplimiento (con independencia de la perpetuación de la obligación en el supuesto en que esta no se haga imposible).

Aun así, el art. 1105 CC y los conceptos de fuerza mayor o caso fortuito no son suficientes para responder a la preguntas que nos planteamos en este trabajo. Pero no, como se señala habitualmente en la doctrina, porque la fuerza mayor y el caso fortuito suponen acontecimientos que imposibilitan la prestación mientras que si lo que ocurre es que la prestación se hace más onerosa o se frustra la finalidad del contrato a causa de una alteración sobrevenida de las circunstancias, el cumplimiento es aún posible¹⁰¹. Tampoco porque, como se aduce en particular, el caso fortuito no puede asimilarse a la excesiva onerosidad de la prestación causada por la alteración sobrevenida de las circunstancias toda vez que en un supuesto el deudor se libera *ipso iure* y en el otro, a lo sumo, el deudor dispondrá de una excepción al cumplimiento que, en ningún caso le impedirá, si así lo desea, cumplir con su prestación¹⁰².

Afirmar lo anterior supone, a nuestro juicio, la confusión entre la causa (caso fortuito o fuerza mayor) de un determinado supuesto de hecho (imposibilidad de la prestación) con sus efectos (extinción de la obligación). El caso fortuito y la fuerza mayor pueden ser la causa de distintos escenarios, cada uno de los cuales con sus efectos: a saber, y sin ánimo de exhaustividad, la imposibilidad definitiva o temporal de la prestación, la dificultad de cumplir con la obligación pactada (consistente esa dificultad en una mayor

¹⁰⁰ En este sentido, TERRAZA MARTORELL, J.: *Ibidem*, pp. 150 a 153.

¹⁰¹ V. TERRAZA MARTORELL, J.: *Ibidem*, pp. 159 y 160 y GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: “Algunas consideraciones...”, p. 104.

¹⁰² Cfr. GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: *Ibidem*, p. 105.

onerosidad de la prestación o simplemente en la necesidad de realizar esfuerzos de otro tipo, no necesariamente económicos, no previstos inicialmente) y por último, ante cualquiera de las anteriores situaciones, la exoneración del deber de indemnizar los daños causados al acreedor. Tanto es así que, por ejemplo, como veremos, en la regulación sobre la fuerza mayor contenida en los Principios Unidroit sobre contratos comerciales no se relaciona necesariamente este concepto con la imposibilidad de la prestación, sino con el incumplimiento en sentido amplio¹⁰³. Tanto es así que, en caso de fuerza mayor, “[l]a parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en la aptitud para cumplir”. En definitiva, se presupone que aun existiendo fuerza mayor, el cumplimiento podría seguir siendo posible¹⁰⁴.

El problema no consiste por lo tanto en que el caso fortuito o la fuerza mayor solo sean susceptibles de provocar la imposibilidad de la prestación y no otras situaciones que tensionen los deberes y derechos de las partes. Tampoco es posible, sin más, intentar resolver el problema de la alteración de circunstancias a través de la aplicación directa o analógica del art. 1105 CC¹⁰⁵. El problema, y esa es la razón por lo que no puede aplicarse el art. 1105 CC a la alteración sobrevenida de las circunstancias, es que ni el art. 1105 CC¹⁰⁶ ni ningún otro precepto contempla de modo específico qué ocurre cuando un suceso

¹⁰³ El tenor literal del art. 7.1.7 es el siguiente: “(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias. (2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato. (3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción. (4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido”.

¹⁰⁴ De hecho, la doctrina que ha estudiado la materia afirma que es posible que un mismo supuesto pueda dar lugar a la aplicación alternativa de la excesiva onerosidad (6.2.1) o la fuerza mayor (art. 7.1.7). En este sentido, MADRID PARRA, A.: “Cumplimiento del contrato”, en AA.VV.: *Comentario a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. 2ª Ed. Coordinado por Morán Bovio, M. A. Pamplona: Aranzadi, 2003, pp. 313 a 321 y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, pp. 31 a 73.

¹⁰⁵ De esta opinión es DÍAZ CRUZ, M (JR): “La cláusula...” p. 552.

¹⁰⁶ En este sentido, SÁNCHEZ DEL VALLE, J.: “Sugerencias a la...”, p. 269. Aun así, este autor cree que el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias y la excesiva onerosidad deben ser separados completamente del caso fortuito y la fuerza mayor, abogando por una regulación autónoma de la figura.

que reúna los caracteres del caso fortuito o de la fuerza mayor no imposibilite la prestación, sino que la haga más difícil de cumplir o frustre la finalidad del contrato que la originó. No se contempla esta problemática específicamente en nuestra legislación, no puede aplicarse sin más el art. 1105 CC, pero sin duda, sí son útiles algunos de los elementos de estas categorías a la hora de intentar averiguar de qué calibre tiene que ser la alteración de circunstancias para que pueda tener alguna incidencia.

Es útil, en particular, la exigencia de que el caso fortuito o la fuerza mayor, tanto si producen la extinción de la obligación por imposibilidad —arts. 1182 y 1183 CC— como si tan solo exoneran de la responsabilidad por daños contractuales —art. 1105 CC—, sean inimputables al deudor¹⁰⁷. Esta inimputabilidad, en efecto, también debe exigirse en el supuesto en que pretenda anudarse alguna consecuencia a la alteración sobrevenida —se identifique o no esta alteración con la fuerza mayor o el caso fortuito—. La alteración sobrevenida de las circunstancias no puede venir provocada por culpa o falta de diligencia del deudor, debiéndose aplicar al respecto las mismas presunciones y normas acerca de la carga de la prueba que se aplicarían a los supuestos de imposibilidad de la prestación¹⁰⁸. Además, tal y como ocurre en relación con el caso fortuito o la fuerza mayor que provoca la imposibilidad de la prestación (arts. 1096 y 1182 CC), la alteración sobrevenida de las circunstancias debe ser inimputable en un sentido distinto al de su causación. Así, en efecto, no solo debe ser la alteración sobrevenida de las circunstancias ajena al deudor en el sentido de que no haya sido causada por su culpa o falta de diligencia sino que, además, debe ocurrir en un momento neutro de la relación contractual, en el que no pueda imputársele el riesgo del cambio de circunstancias.

La pregunta, obviamente, es ¿cuándo puede imputarse al deudor una alteración sobrevenida de las circunstancias no causada por su culpa o falta de diligencia? Pues, al menos, en los mismos supuestos contemplados en el art. 1096 CC (y por remisión en el art. 1183 CC) para la imposibilidad de la prestación. Ello entronca con una cuestión de riesgo contractual: si el deudor se constituye en mora o de cualquier otro modo incumple la obligación, en principio serán de su cuenta y riesgo los casos fortuitos (y también la

¹⁰⁷ Esta parece ser también la opinión de DÍAZ CRUZ, M (JR): “La cláusula...” pp. 543 y 544.

¹⁰⁸ Nos referimos, obviamente, al art. 1183 CC. No encontramos ninguna razón en contra para que este artículo no pueda aplicarse analógicamente a los supuestos de alteración de las circunstancias que no supongan la imposibilidad de la prestación, sino tan solo su mera dificultad.

alteración de circunstancias). Pero no se trata solamente de una cuestión de riesgo o, al menos, no de riesgo en sentido neutro, sino que se trata de una verdadera imputabilidad de la alteración que ha dificultado el cumplimiento. Obsérvese que en un supuesto de imposibilidad de la prestación sí es preciso un artículo como el 1183 o el 1196 CC que haga responsable al deudor de los casos fortuitos en los supuestos allí contemplados. De lo contrario, podría aducirse que por mucho que el deudor haya incumplido previamente su obligación, la imposibilidad de la prestación ha sido causada por el caso fortuito o la fuerza mayor ajenas al deudor, quedando este obligado únicamente al resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento inicial pero liberado de su deber de cumplimiento.

Sin embargo, si de lo que se trata es de la dificultad de la prestación, aun sin necesidad de acudir por analogía a los arts. 1096 y 1183 CC, resulta indiscutible que para que la alteración sobrevenida de circunstancias pueda no perjudicar al deudor, es necesario que, en principio, este no haya incumplido previamente su obligación. Y lo es, indiscutible, no solo porque la causa de la dificultad de cumplir se sitúe, al menos indirectamente, en el incumplimiento previo, sino también, en cualquier caso, porque siendo posible el cumplimiento, la excepción consistente en la dificultad o en la falta de sentido de la prestación exige su total inimputabilidad en el marco de la relación contractual por parte de quien la alega¹⁰⁹.

En conclusión, sin necesidad de entrar a valorar aún los distintos efectos que puede llegar a causar la alteración sobrevenida de las circunstancias existentes en el momento de contratar, parece evidente, a nuestro juicio, que para que se anude a dicha alteración algún efecto jurídico (cualquiera que sea), debe existir una total inimputabilidad tanto en su causación como, en general, en el marco de la relación negocial. Ello es evidente por

¹⁰⁹ Apropiado resulta destacar en este punto la opinión de VELASCO, A. (“La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil”. *RDM*: vol. V, Núm. 13, enero-febrero-1948, p. 433): “[...] la alteración de las circunstancias no debe ser motivada por la conducta ilegal del deudor, pues entonces nos encontraríamos antes que con el remedio de la teoría de la cláusula, con el remedio de la “exceptio doli”.

Debe advertirse, además, que la exigencia de que no concurra culpa o hecho del deudor en la alteración de las circunstancias supone una objetivización de las doctrinas que tratan de solucionar el problema. Así, en efecto, exigir que no exista incumplimiento previo del deudor y al mismo tiempo fundamentar la incidencia del cambio de circunstancias en la supuesta voluntad de las partes es un sinsentido. Nótese que si realmente ese cambio de circunstancias no fuera creado por el propio deudor y en realidad la doctrina *rebus sic stantibus* (o asimilable) se fundamentara en el consentimiento de las partes, nada obstaría a su aplicación aun cuando la parte que la alegara hubiera incumplido previamente el contrato.

varias razones: (i) así ocurre en el marco de la imposibilidad de la prestación (que solo exonera al deudor cuando la causa de la imposibilidad le es ajena y además no ha incurrido en un incumplimiento contractual previo), por lo que con mucha más razón debe de ocurrir en otro tipo de supuestos de algún modo asimilables o cercanos a la imposibilidad pero excepcionales por cuanto no están regulados y (ii) la ajenidad o inimputabilidad de la alteración abunda en el requisito que a nuestro modo es esencial para que la alteración sobrevenida pueda tener algún efecto: la no asunción del riesgo contractual consistente precisamente en que las circunstancias pudieran verse modificadas.

3.2 Alteración extraordinaria de las circunstancias

La ajenidad no es el único requisito que comparten las instituciones del caso fortuito y la fuerza mayor (en la causación de la imposibilidad de la prestación) con la alteración sobrevenida de las circunstancias. Además, como ya vimos al enumerar los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, estas dos figuras también comparten el elemento de lo extraordinario. El caso fortuito por cuanto se trata de un elemento imprevisible y, como imprevisible, extraordinario —fuera de lo que cualquiera pudiera haber imaginado—, la fuerza mayor por cuanto inevitable y, por último, la alteración de las circunstancias que da lugar a la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en la medida en que así lo ha venido exigiendo la jurisprudencia. Lo que ya no está claro, es hasta qué punto el elemento de lo extraordinario es un elemento autónomo al de la imprevisibilidad. ¿Es distinto lo extraordinario de lo imprevisible?; ¿qué ocurre si la alteración es extraordinaria y previsible o incluso prevista?; ¿es posible que una alteración sea imprevisible pero no extraordinaria?; ¿debe tener cabida en este caso la aplicación de la doctrina?

Existen dos opciones para la contestación a las anteriores cuestiones: la primera consiste en el análisis de la jurisprudencia sobre la doctrina *rebus sic stantibus* para así observar si realmente el requisito de la extraordinariedad aporta algo sustantivo o si no es más que un añadido que pasa de sentencia a sentencia sin que en ningún caso sirva para apreciar o desechar la aplicación de la doctrina. La segunda opción consiste en intentar poner en tela de juicio, desde un punto de vista abstracto, que la alteración de las

circunstancias deba ser no solo inimputable e imprevisible (o imprevista), sino también extraordinaria.

A continuación intentaremos dar respuesta a las preguntas que nos hemos formulado a través de estas dos opciones, empezando lógicamente por el estudio de algunas de las SSTS más relevantes sobre la cuestión. Antes, sin embargo, es preciso aclarar que por ahora seguimos con el estudio de las causas —y no los efectos— que dan lugar a la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. De lo que se trata ahora, lo que nos proponemos, es averiguar si el cambio de circunstancias es y debe ser extraordinario, con independencia de si los efectos que causa son y deben ser también extraordinarios.

3.2.1 La (nula) distinción jurisprudencial entre lo imprevisible y lo extraordinario

Cierto es, ni siquiera sería necesario recordarlo de nuevo, que el TS ha venido exigiendo para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias existentes en el momento de perfeccionar el contrato con respecto a las existentes en el momento en que este debe cumplirse. No obstante, un estudio mínimamente atento de la jurisprudencia del TS sobre la cláusula, permite concluir que o bien la exigencia de la extraordinariedad de la alteración es puramente formal o bien (ambas no se oponen) que lo que el TS exige con el requisito de la extraordinariedad no es algo distinto a la imprevisibilidad de la alteración¹¹⁰. Veámoslos en las SSTS, algunas bastante recientes, sobre la aplicación de la cláusula *rebus*.

¹¹⁰ En este sentido, expone PÉREZ GURREA, R. (“La cláusula “rebus sic stantibus” en la contratación inmobiliaria. Su posible aplicación a los supuestos de compraventa de vivienda afectadas por la crisis económica a propósito de la sentencia del TS de 17 de enero de 2013”. *RCDI*: nº 740, año LXXXIX, noviembre-diciembre 2013, p. 4220): “Lo imprevisible se acerca más a consideraciones de índole subjetiva, ya que presupone un acercamiento a las facultades de previsión de los sujetos, mientras que lo extraordinario presenta una naturaleza objetiva, casi de carácter estadístico. No obstante, ambos presupuestos suelen exigirse de forma cumulativa, por lo que es frecuente confundirlos o tratarlos conjuntamente, como ocurre en nuestra jurisprudencia y en gran parte de la doctrina”.

Por su parte, GARCÍA ABURUZA, M^a P. (“Ejecución hipotecaria y dación en pago en cláusula “Rebus Sic Stantibus””, en AA.VV.: *Ejecución hipotecaria. Solución a Tiempos de Conflicto*. Coordinado por Antonio Salas Carceller. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, pp. 119 a 121) niega la posible aplicación de la cláusula *rebus* en procedimientos de ejecución hipotecaria con el fin de obligar al acreedor hipotecario a aceptar la dación en pago.

Así, por ejemplo, en la STS 17 mayo 1986 (RJ 1986/2725) ¹¹¹ se afirma que la alteración de las circunstancias no es extraordinaria porque las partes pudieron preverla o incluso llegar a conocerla, como si la imprevisión y lo extraordinario fueran lo mismo: “Ni la desviación de gran parte de los vehículos, acogiendo a la comodidad de la nueva ruta, puede significar una «alteración extraordinaria de las circunstancias», como requiere la doctrina jurisprudencial, ni puede hablarse de que se trata de una situación de hecho «radicalmente imprevisible», pues por notorio es sabido que una obra de tal envergadura no surge súbitamente, sino que viene precedida de dilatadas y complejas tareas preparatorias (proyecto puesto en conocimiento del público, conversaciones con los dueños de los terrenos para alcanzar una composición amistosa, expropiaciones en no pocos casos, explanaciones, obras de construcción propiamente dichas, etc.) que hace inveraz cualquier alegación de ignorancia por los habitantes de la zona afectada; a lo que cabe añadir que la arrendataria no alega desconocimiento de que las obras de la autopista estaban proyectadas e incluso iniciadas en la fecha de celebración del contrato de arrendamiento, sino que la culminación (“creación”) de la misma “desvió en gran medida el tráfico que rodaba por la vía antedicha” (hecho segundo del escrito de contestación de la demanda), ocasionando la disminución de la clientela ¹¹²”.

En la STS 10 de diciembre 1990 (RJ 1990/9927) ¹¹³ se establece de nuevo que la alteración no es extraordinaria porque las partes pudieron y debieron prever el cambio de

¹¹¹ La presente STS tiene como origen una demanda de desahucio basada en el incumplimiento del arrendatario ante el no uso del local arrendado. El establecimiento arrendado tenía como actividad la restauración. Actividad que estuvo en pleno funcionamiento desde el mes de noviembre de 1973 en que fue arrendado el local hasta el año 1981, época en la que la parte arrendataria solo abría el local al público los días festivos y vísperas. Al tiempo en la que la parte arrendadora interpuso la demanda, el local estaba totalmente cerrado, lo que a juicio de la demandada supone la vulneración de la obligación (también derecho) del arrendatario a usar la cosa arrendada. Ante esta alegación, la arrendataria-demandada alegó en su contestación que no resulta obligatorio proceder a la apertura del local a diario y que, en cualquier caso, el cierre viene justificado por la inesperada reducción de la clientela del negocio ante la apertura de la autopista Madrid Adanero, que disminuyó el número de vehículos por la carretera donde se sitúa el local. En primera instancia fue acogida la pretensión de la demandante. En segunda instancia, en cambio, se revocó la sentencia de primera instancia ante la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* y finalmente el TS revocó la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmó la sentencia de primera instancia.

¹¹² El destacado en subrayado es nuestro. También lo es en el resto de STS que citamos y analizamos.

¹¹³ En este supuesto, la demandante y recurrente en casación, el Sindicato de Riego del Heredamiento de Molina de Segura, solicita que uno de los Heredamientos (el Heredamiento de Lorquí) que participa en el aprovechamiento de la acequia mayor del río Segura contribuya con el pago de los gastos de revestimiento de dicha acequia en función de su cuota de aprovechamiento en función de los costes reales. Las sentencias de primera y segunda instancia desestimaron las pretensiones de la actora puesto que tanto en el año 1782, en el que las partes otorgaron escritura pública de transacción, como en el año 1925,

circunstancias: “El evento ordinario que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos, en los contratos de tracto sucesivo, como el de 16 de agosto de 1893, tales como revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización y pago en especies para garantizar al acreedor de las prestaciones pecuniarias que la cantidad a recibir no resultaría afectada por el poder adquisitivo de la moneda, no puede integrar alteración extraordinaria, imprevista e imprevisible, porque si no fueron adoptados esos remedios ello sólo podrá atribuirse a no haber previsto lo que puede preverse, de cuya falta de previsión se deriva la situación gravosa sobrevenida (fundamento de derecho quinto)”.

Otro tanto de lo mismo ocurre con la STS 15 marzo 1994 (RJ 1994/1784) ¹¹⁴. en la que simplemente se afirma, sin aclarar el motivo, que una devaluación de la moneda

en el que se aprobaron las Ordenanzas del Heredamiento Regante de Molina de Segura, se fijó que, excepcionalmente, el Heredamiento de Lorquí contribuiría solo con una 6ª parte de los gastos, que se establecieron en la cantidad de 250 pesetas anuales, por lo que no puede obligársele a pagar más de lo acordado.

Las sentencias de instancia no entraron a valorar la petición de la demandada consistente en que esa cantidad fuera actualizada a través de la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (fundamento de derecho quinto) y la TS también la rechaza (su aplicación) toda vez que las partes debieron incluir un cláusula de estabilización y no lo hicieron. Está ausente, según el TS, el requisito de la imprevisibilidad.

De acuerdo con lo dispuesto por el TS en esta sentencia se muestra MUNAR BERNAT, A.: “Sentencia de 10 de diciembre de 1990. Comunidad de regantes. Naturaleza jurídica. Comunidad de bienes. Cláusula *rebus sic stantibus*. Congruencia”. *CCJC*: nº 25, 1995, pp. 119 a 134.

¹¹⁴ Se trata en este caso de una compraventa de acciones con aplazamiento de las obligaciones de pago de parte del precio y de entrega de las acciones. Las acciones objeto del contrato de compraventa lo eran de la sociedad Carsell S.A., cuyo principal activo era una finca situada en la Plaza Catalunya de la ciudad de Sabadell. El precio de las acciones se fijó en veintidós millones doscientas noventa y cuatro mil setecientas pesetas que debían pagarse del siguiente modo: a) cien mil pesetas en el acto de formalización del contrato; b) nueve millones novecientas mil pesetas (parte en efectivo y parte mediante entrega de letras de cambio) en el momento de otorgamiento de la póliza de transmisión de las acciones; c) dos millones de pesetas quedaron retenidos por el comprador para entregar al Ayuntamiento de Sabadell como coeficiente de participación de la finca situada en la Plaza Catalunya en los gastos de urbanización del polígono en que se situaba —acordándose que si la cantidad real por este concepto fuera superior o inferior debía regularizarse esta cantidad— y; por último, d) los restantes nueve millones doscientas noventa y cuatro mil setecientas pesetas debían ser entregados a los 24 meses desde la firma de la póliza de transmisión de las acciones mediante letras avaladas.

En cuanto a la formalización de la póliza de entrega de las acciones, se pactó que se llevaría a cabo en el plazo máximo de seis meses desde la firma del contrato de compraventa de acciones salvo que por causas ajenas a la compradora no se hubiera otorgado una determinada licencia de obras sobre la finca propiedad de la sociedad de la que eran las acciones, en cuyo caso se retrasaría la formalización de la póliza de entrega hasta el momento en que se obtuviera dicha licencia. El conflicto estalla porque la licencia de obras no se obtiene hasta pasados unos años desde la firma del contrato de compraventa de acciones, provocando todo ello que, debido a la inflación monetaria, la finca titularidad de la sociedad y, por ende, las acciones objeto del contrato tuvieran un valor distinto al fijado en el contrato. Por todo ello, según los demandados recurrentes en casación, concurre una alteración extraordinaria de las circunstancias que debe dar lugar a la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*.

no puede ser tenida como una alteración extraordinaria. En cambio, sí se establece el motivo por el que no se cumple el requisito de la imprevisibilidad: “[...] como tampoco era una circunstancia imprevisible la devaluación sufrida por la moneda que no puede calificarse de extraordinaria y cuyos efectos pudieron fácilmente ser eliminados mediante el establecimiento de cláusulas de estabilización o de intereses de demora por el aplazamiento del pago, que fueron expresamente renunciados en el contrato (fundamento de derecho séptimo)”.

En la STS 27 mayo 2002 (RJ 2002/4573) incluso llega afirmarse que una determinada alteración no es extraordinaria porque era previsible: “Es cierto, que hay que entender que los precios de la construcción del molde ha sufrido un aumento, pero esta circunstancia está dentro de las previsiones normales de personas que se dedican a esta especie de trabajos, no hay que olvidar que Auximol SA, la contratista es matricera (hacedora de moldes), y por consiguiente está dentro de su ciencia profesional el estudiar los planos y determinar las piezas o tareas, si han de ser seis o diez, para la realización del molde; ciertamente, que en ocasiones pueden fallar esos cálculos, pero estos errores están dentro de una previsión ordinaria, por lo tanto el cambio de las condiciones básicas del contrato no es extraordinario, ni son imprevisibles la modificación de esas circunstancias, por consiguiente no es de apreciar esa cláusula”. (fundamento de derecho quinto).

El anterior repaso, aun sin ser exhaustivo, constituye un claro ejemplo de la poca sustantividad del requisito consistente en que la alteración de circunstancias sea extraordinaria. O bien se da por hecho que el suceso que altera (y la alteración) es extraordinario, o bien se considera que la alteración es extraordinaria en tanto que imprevisible. Lo que no está tan claro es que ello deba ser así o que sirva de algo que así sea.

3.2.2 ¿Debe ser extraordinaria la alteración de circunstancias además de imprevisible?

Que el TS no otorgue sustantividad al elemento extraordinario frente al requisito de la imprevisibilidad no implica que ambos elementos no sean diferentes. Obviamente, lo extraordinario y lo imprevisible, aunque puedan tener puntos de conexión, son cosas distintas. Una guerra, una catástrofe humanitaria o una crisis económica como la que

Europa y nuestro país en particular está viviendo en la actualidad son siempre factores extraordinarios aunque muchos de ellos fueran previsibles. Del mismo modo, no todo lo que es imprevisible (menos aún lo que simplemente no ha sido previsto) es *per se* extraordinario: piénsese en la muerte prematura de una persona o en un accidente de tráfico. Cuestión distinta es que lo extraordinario sea más difícil de prever y evitarse.

La previsión no convierte la circunstancia extraordinaria en ordinaria. Lo extraordinario es todo aquello fuera de lo común (previsible o no); lo que en pocas o raras ocasiones se da, mientras que lo imprevisible (ya lo veremos en el siguiente apartado) se relaciona con aquello que podía o debía averiguarse o anticiparse. A diferencia de lo que ocurre con la imprevisibilidad, cuya objetividad o subjetividad puede discutirse, lo extraordinario siempre es de índole objetiva. Aun así, la calificación de una determinada alteración como ordinaria o extraordinaria siempre exige que se atienda a criterios aplicables conjuntamente a todas las partes de la relación contractual, pues no se trata de saber si una determinada circunstancia es extraordinaria para una de las partes y ordinaria para la otra, sino de calificarla como tal en relación con el contenido de la relación contractual y también en relación con la previsión que hicieron o debieron realizar las partes en función del tipo de contrato y obligaciones que configuraron. A saber, la mayoría de sucesos no pueden caracterizarse como ordinarios o extraordinarios sin un contexto y unas determinadas circunstancias de lugar y tiempo¹¹⁵.

¿Es extraordinaria una subida de precios o costes de un doscientos por ciento en un determinado sector industrial?; ¿lo es la devaluación de la moneda o el tipo de cambio? Pues depende del tipo de relación contractual, por cuanto esta relación contractual se inserta en un contexto. Y es que lo importante, a nuestro juicio, no es tanto el tipo de contrato y obligaciones¹¹⁶, sino el contexto en el que este se perfeccionó y también en el que deberá ejecutarse. Así, es cierto que en un contrato de tracto sucesivo será más fácil que se den factores extraordinarios, pero no simplemente porque sea un contrato de tracto

¹¹⁵ En este sentido, en relación con el derecho estadounidense, BERMAN, H.J.: "Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade". *Columbia Law Review*: vol. 63, diciembre-1963, p. 1424.

¹¹⁶ Cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 259 y SALVADOR CODERCH, P.: "Alteración de circunstancias...", p. 7.

sucesivo, sino porque en este tipo de contratos será más fácil que se produzca un factor sobrevenido que las partes no previeron que resulte extraordinario, fuera de lo común.

Una guerra o un terremoto, aun previsibles, son siempre extraordinarios. Ahora bien, ¿son estos elementos extraordinarios si las partes los contemplaron o debieron hacerlo? La respuesta es afirmativa y negativa al mismo tiempo. Son extraordinarios como sucesos, pero son ordinarios en relación con la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* por cuanto si se previeron o debieron ser previstos no deben afectar a las obligaciones de las partes. Es aquí quizás donde reside la intencionada o quizás desapercibida falta de sustantividad que el TS otorga al requisito que previamente establece, consistente en que la alteración de las circunstancias sea extraordinaria: la alteración no es extraordinaria por cuanto era previsible y debió ser prevista. Y decimos quizás porque aún queda otra posibilidad. Quizás lo que exija el TS no es solo que la alteración sea extraordinaria en cuanto imprevisible, sino en sí misma considerada: fuera de lo común, que raras veces ocurra. Pero, si es así, la siguiente pregunta que debemos realizarnos es ¿por qué se debe exigir que la alteración sea extraordinaria como un requisito distinto al de la imprevisibilidad?

Resulta perfectamente comprensible el requisito de que la alteración sea imprevisible (si las partes lo previeron o debieron preverlo, deben soportar los efectos de la alteración), pero ¿por qué, además, debe ser un suceso fuera de lo común, que raras veces ocurra? Quizás no suceda muchas veces, pero es posible que algo que no pueda ser calificado de extraordinario sea imprevisible o que no deba haberse previsto. ¿No debe tener ese suceso incidencia en las obligaciones de las partes en la medida en que tenga como efecto una onerosidad sobrevenida o extraordinaria o lleve a la frustración de la finalidad de las partes? Imagínese por ejemplo un contrato de muy larga duración que se ha prorrogado durante años o décadas y en el que una de las prestaciones se vea enormemente afectada por la devaluación de la moneda o de la materia prima en la que consistía. Imagínese también que esa devaluación no se previó ni debió ser prevista, pero que tampoco es extraordinaria por cuanto resulta normal por el tiempo transcurrido.

La decisión y respuesta a la anterior pregunta depende en realidad del ámbito e importancia que se quiera otorgar a la alteración sobrevenida de las circunstancias y, sobre todo, de qué acomodo y papel se le da en el marco de la teoría general del

contrato¹¹⁷. Obviamente, si la doctrina se reserva solo para las grandes crisis¹¹⁸, no existe duda de que debe exigirse o, al menos no es preciso que se elimine, el requisito de lo extraordinario. Sin embargo, antes de decidir esta cuestión es preciso que, con carácter previo, indaguemos en el papel de la imprevisibilidad de la alteración. Solo a partir de ahí, cuando hayamos analizado todas las características que se exigen de la alteración de circunstancias para la aplicación de la doctrina *rebus*, podremos concluir críticamente cuál es el alcance de cada una de ellas.

3.3 Análisis crítico sobre la imprevisibilidad de la alteración de las circunstancias exigida por la jurisprudencia del TS

No hay prácticamente ninguna STS sobre la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en la que no se establezca que la alteración de las circunstancias deba ser radicalmente imprevisible¹¹⁹. A lo sumo, y como si ello aportara algo, se añade que debe ser radicalmente imprevisible e imprevista —sin llegar aclararse cómo es posible que no sea imprevista si era radicalmente imprevisible—. Sin embargo, esta exigencia, tal y como ocurría con el requisito de lo extraordinario, parece que no es llevada hasta sus últimas consecuencias. Así, en efecto, un análisis detallado de la jurisprudencia al respecto es suficiente para comprobar que en todos los casos en los que el TS no solo exige que el requisito de que la imprevisibilidad sea radical, sino que además insiste en su carácter objetivo y abstracto, concurren otros elementos que permiten establecer que la doctrina *rebus* no es aplicable.

Cuando ello no es así, esto es, cuando la aplicación de la doctrina solo depende de la determinación de si el suceso que alteró las circunstancias era imprevisible o no,

¹¹⁷ Al menos este elemento no parece exigirse en las más modernas regulaciones sobre Derecho contractual. Así ni en los Principios Unidroit (art. 6.2.2) ni en los PECL (art. 6:111) se exige que la alteración de las circunstancias sea extraordinaria para la aplicación de las figuras que en ambos cuerpos normativos se relacionan con el problema objeto de estudio.

¹¹⁸ En contra de reservar la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* a las grandes crisis se pronuncian MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, p. 74; SALVADOR CODERCH, P.: “Alteración de circunstancias...”, p. 44, nota al pie 66 y QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual...”, pp. 1374 a 1379.

¹¹⁹ Quedan excluidas de esta afirmación las recientes SSTs que comentamos en el apartado 3.5 del presente capítulo.

entonces el TS, a pesar de seguir exigiendo formalmente que la imprevisibilidad sea radical, relaciona este concepto más con lo que las partes previeron o con lo que debieron prever que con lo que era objetivamente previsible. Para demostrar lo anterior, a continuación analizaremos algunas resoluciones en las que a pesar de exigirse formalmente que el suceso alterador sea imprevisible, el TS en realidad aplica un concepto de imprevisibilidad razonable relacionado con los pactos y circunstancias de cada una de las partes del contrato en cuestión.

La STS 16 octubre 1989 (RJ 1989/6927) exige para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* que la alteración de las circunstancias sea radicalmente imprevisible. Sin embargo, no es este el criterio decisivo que lleva al TS a desechar la aplicación de la referida doctrina. Como se puede observar en el fundamento primero de la resolución, la problemática deriva de sendos préstamos otorgados por una entidad de crédito a una empresa naviera para la construcción de varios buques de pasaje. En los referidos contratos de préstamo, la empresa naviera se obligó a (i) invertir la cantidad prestada exclusivamente en la construcción de los buques y; (ii) a no alterar y conservar el destino económico de los buques, pactándose la facultad de resolución en caso de incumplimiento de esta obligación, así como una indemnización a favor de la entidad prestamista consistente en el 3% del capital adeudado en el momento de resolver los contratos de préstamo. A pesar de su obligación de conservar los buques, la empresa naviera procedió a su venta, por lo que el prestamista reclamó el capital pendiente y los intereses de demora así como la indemnización pactada. Ante esta reclamación, la empresa naviera alegó la doctrina *rebus sic stantibus* en virtud de la importante crisis del sector y la falta de ayudas públicas que le permitieran conservar los buques tal y como se había obligado contractualmente. Tras resoluciones divergentes en primera y segunda instancia, el TS declinó la aplicación de la doctrina *rebus* sobre la base de que el cambio de circunstancias consistente en la crisis del sector o en la incidencia de una determinada política gubernamental en el negocio de la prestataria no puede considerarse radicalmente imprevisible.

Lo curioso es que el TS, a pesar de mencionar que estos eventos no son radicalmente imprevisibles, no utiliza criterios objetivos para medir la imprevisibilidad o no del cambio de circunstancias, sino que, más bien al contrario, afirma que no son radicalmente imprevisibles por cuanto formaban parte del riesgo empresarial de la

prestataria. Así en el fundamento de derecho sexto de la STS se establece que “[...]tal situación no puede calificarse como alteración extraordinaria de las circunstancias al momento de cumplir el contrato en relación a las concurrentes al tiempo de su celebración y radicalmente imprevisibles ya que, como reconoce la actora en el hecho tercero de su demanda, la «deprimida situación del sector de la Marina Mercante» databa ya del año 1974 y la no realización de las expectativas puestas por «Naviera Aznar, S. A.», en una determinada política gubernamental no es un acontecimiento imprevisible, sino que supone la aceptación del riesgo industrial inherente a un tipo de actividad fuertemente intervenido por la Administración Pública”.

Puede estarse de acuerdo o no en que el cambio de circunstancias formaba parte en este caso del riesgo industrial de la prestataria, pero de lo que no cabe duda es de que eso no tiene ninguna relación con el hecho de que la circunstancia sea imprevisible o no. Si el cambio de circunstancias forma parte del riesgo que una o ambas partes deben asumir, ya ni siquiera es necesario averiguar si dicha alteración era imprevisible o no.

También en la STS 21 febrero 1990 (RJ 1990/707) ¹²⁰ se menciona que una determinada circunstancia —la subida de precios de inmuebles— no es radicalmente imprevisible. Sin embargo, a pesar de esa mención específica, parece que el criterio decisivo para la no aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* no consiste en la imprevisibilidad o no de la subida del valor del inmueble que los demandados se obligaron a entregar respecto al precio de venta pactado, sino en el incumplimiento previo de los demandados consistente en no acudir a la notaría donde se debía otorgar la escritura pública de venta.

¹²⁰ Tal y como se especifica en el fundamento de derecho primero de la sentencia, el recurrente en casación —parte vendedora— y el recurrido y demandante en primera instancia —parte compradora— firmaron el 8 de enero de 1986 un contrato de compraventa de un piso, fijándose el precio en la cantidad de doce millones ciento veinticinco mil pesetas y dándose las partes un plazo de dos meses para otorgar escritura pública de entrega del piso. En fecha 12 de febrero de 1986 la parte compradora requirió notarialmente a la parte vendedora para otorgar dicha escritura, sin que la parte vendedora compareciera en la fecha y hora señaladas. En los procedimientos de instancia, la parte vendedora alegó que no debía entregarse la finca objeto del contrato de compraventa toda vez que habían transcurrido dos años sin que la parte compradora ratificara el contrato de compraventa. Además, alegó que, en cualquier caso, se había roto el equilibrio de las prestaciones lo que también debía dar lugar a dejar sin efectos el contrato. Asimismo, y como petición subsidiaria, solicitó una actualización del precio a pagar por los compradores que alcanzara los veinticuatro millones de pesetas, de conformidad todo ello con la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Tanto en primera como en segunda instancia, y también en casación, se rechazaron los motivos de la parte vendedora.

Otro tanto de lo mismo ocurre en la STS 15 noviembre 2000 (RJ 2000/9214), en la que se decide un supuesto en el que una entidad promotora de vivienda se obligó a comprar unos determinados terrenos que, sin embargo, antes del cumplimiento fueron recalificados urbanísticamente, perdiendo mucho del valor que tenían en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa. La empresa promotora alegó la doctrina *rebus sic stantibus* y, ante esta alegación, el TS concluyó que (fundamento de derecho cuarto) no puede afirmarse que la variabilidad urbanística de los terrenos tenga carácter imprevisible, “en cuanto suceso imposible de prever o inevitable”. Parece que en esta resolución el TS utiliza una concepción plenamente objetiva de lo imprevisible. Sin embargo, nuevamente, este no parece el factor decisivo para rechazar la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. De hecho, como se puede observar en el fundamento de derecho cuarto, este argumento no forma parte de la *ratio decidendi*. La doctrina no se aplica, principalmente, porque quién la alegaba había incumplido previamente sus obligaciones contractuales¹²¹. Además, “en todo caso”, dice el TS, la circunstancia alegada como imprevisible no lo es.

En la STS 15 marzo 1994 (RJ 1994/1784) se dilucida un supuesto en el que debe decidirse si los vendedores de unas acciones de una sociedad cuyo principal activo es un terreno deben cumplir su obligación de entrega de acciones ante la devaluación del valor de estas (por la devaluación del terreno propiedad de la sociedad) en relación con el precio de venta pactado, provocado todo ello por la enorme devaluación de la moneda sufrida mientras el contrato estaba pendiente de cumplimiento. En el contrato se pactó que el deber de cumplimiento de entrega de las acciones se diferiría a la concesión de una licencia de obras para la construcción sobre el terreno del que era propietaria la sociedad de la que se vendían las acciones.

¹²¹ “Ello no acontece en este caso. La parte recurrente debió cumplir su prestación el 12 de octubre de 1992 y la recalificación de los terrenos no tuvo lugar hasta el 28 de enero siguiente y ello, sin otras consideraciones, haría siempre de mejor condición a la parte incumplidora de sus obligaciones dentro de su plazo señalado, que a la que actúa con absoluta corrección jurídica, que por haber cumplido no puede utilizar la supuesta aplicación de tal cláusula. Por tanto no puede tener lugar tal doctrina pretendida cuando el retraso del cumplimiento obligacional resulta unilateral e injustificado.

En todo caso, queda sin acreditar: a) Que tal calificación sea definitiva siendo así que aparece recurrida. b) Qué valor alcanzan las fincas compradas después de su calificación y cuál podían ostentar si fueran edificables, lo que no está acreditado en autos, ni practicada la oportuna pericial al respecto. Resulta inconcebible que una empresa constructora como la recurrente con dedicación al negocio inmobiliario no haya prevista la variabilidad urbanística de tales terrenos, que no puede decirse que tenga carácter imprevisible, en cuanto suceso imposible de prever o inevitable”.

Pues bien, nuevamente el TS establece (fundamento de derecho sexto) que la devaluación de la moneda y, por ende, del valor de las acciones no eran circunstancias radicalmente imprevisibles pues las partes pudieron preverlo e incluir cláusulas de estabilización. Sin embargo, este argumento parece ser subsidiario por cuanto, como también afirma el alto tribunal, la dilación en el cumplimiento que provocó la devaluación de la moneda y de las acciones vinieron provocados por los propios demandados, que no gestionaron bien la solicitud y concesión de la licencia de obras de la que pendía el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Adviértase otra vez que aunque el TS parece exigir en esta resolución que el suceso que altere las circunstancias sea radicalmente imprevisible, a la hora de la verdad parece otorgar más importancia a lo que las partes pactaron y, en función de lo que pactaron, a los riesgos que deben asumir que a lo que objetivamente era previsible o no, acercándose así inevitablemente y aunque no se reconozca expresamente, a un concepto subjetivo de imprevisibilidad.

Así, en efecto, parece que el reproche del tribunal a los demandados acerca de la posibilidad de haber previsto la devaluación monetaria se relaciona con el hecho de que las partes hubieran sometido el cumplimiento del contrato a que se concediera una determinada licencia de obras y no porque, siempre y en todo caso, la devaluación monetaria deba preverse.

Algo muy parecido ocurre en la STS 25 enero 2007 (RJ 2007/592). En ella se afirma que la variación del precio de las aceitunas objeto de un contrato de compraventa no es una circunstancia imprevisible. Sin embargo, nuevamente, esta supuesta falta de imprevisibilidad no parece ser el criterio decisivo en la resolución del caso. El criterio decisivo para negar la aplicación de la doctrina parece ser el hecho de que las partes pactaran un precio de garantía mínimo teniendo en cuenta precisamente la posible variación del valor de la aceituna. No se trata entonces de que las circunstancias sean previsibles o imprevisibles; se trata de una cuestión de previsión contractual expresa (las partes contemplaron el supuesto de hecho) y de asunción de riesgos.

Así sucede también en la STS 29 mayo 1996 (RJ 1996/3862), en la que el TS denegó la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* —y también la de la base del negocio— toda vez que la alteración del valor del bien objeto de un derecho de opción de compra incluido en un contrato de arrendamiento no es radicalmente imprevisible puesto que (fundamento de derecho quinto) “un cierto aumento de valor se previó por las partes

al incrementar el precio en un diez por cien cada cinco años”. Parece indudable entonces que esa supuesta imprevisibilidad radical se refiere más a lo que las partes debieron prever (en función de lo que sí previeron) que a lo que era objetivamente previsible¹²².

En la STS 22 abril 2004 (RJ 2004/2673) se afirma que una entidad constructora no puede eximirse ni modificar su obligación de entregar un determinado bien inmueble sobre la base de que el Plan General de Ordenación Urbana redujo considerablemente, con posterioridad a la perfección del contrato, el volumen de edificabilidad del terreno donde debía situarse el bien inmueble. No resulta aplicable la doctrina *rebus sic stantibus*, afirma el TS, toda vez que tal circunstancia no era radicalmente imprevisible. Aun así, una vez más, el requisito de la imprevisibilidad parece ser subsidiario (pues lo importante parece ser que la constructora incumplió previamente sus obligaciones contractuales al demorarse en el comienzo de las obras de la finca) y, además, la susodicha imprevisibilidad radical parece que se circunscribe más a la diligencia y riesgos debidos o asumidos por la entidad constructora que a lo que es inevitable o impensable objetivamente (fundamento de derecho tercero): “Por otra parte, no cabe considerar como “radicalmente imprevisible” para una sociedad dedicada a la construcción, como es la compradora, la variación de los planes urbanísticos durante ese período de inactividad en que se mantuvo Habitat Montseny, SL, sobre todo si se tiene en cuenta que la legislación autonómica en aplicación de la cual se revisó el Plan General de Ordenación Urbana de Arbucies es anterior a la celebración del contrato en cuestión”.

El anterior repaso a algunas de las SSTS sobre la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* revela, a nuestro juicio, que a pesar de su exigencia formal, la imprevisibilidad radical y objetiva no suele ser nunca el criterio decisivo para rechazar o admitir la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Parece, de hecho, que el TS incide en este requisito y en su carácter objetivo cuando, además, existen otros factores que implican el necesario rechazo de la aplicación de la cláusula. Es más, lo que en realidad puede deducirse del análisis de la jurisprudencia del TS es que la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* se rechaza no cuando se demuestra que un determinado evento es

¹²² No puede obviarse que, además, como se recoge en el fundamento de derecho tercero de la STS, las partes previeron una revalorización del bien inmueble objeto de la opción de compra e incluyeron una cláusula de estabilización. El tenor literal de la cláusula es el siguiente: “[e]l arrendador concede al arrendatario por el tiempo que dure el arrendamiento y sus prórrogas un derecho de opción de compra con respecto al inmueble de referencia, por precio de cinco millones de pesetas”.

objetiva y radicalmente imprevisible, sino cuando (i) ha habido un incumplimiento previo de la parte que lo alega ¹²³; (ii) cuando se estima que, por el tipo de contrato o actividad empresarial desarrollada por las partes, debe asumirse un determinado riesgo industrial o empresarial que incluye el cambio de circunstancias¹²⁴ o bien este debió haberse previsto por las partes según la diligencia exigible en cada caso y en atención a los concretos pactos alcanzados¹²⁵ o, por último; (iii) cuando cualquiera de las partes ha asumido directa o indirectamente el riesgo de la alteración sobrevenida de las circunstancias¹²⁶.

3.4 Sobre la necesidad de que el cambio de circunstancias sea extraordinario además de imprevisible (o imprevisto)

Si hacemos recapitulación de lo que hasta ahora hemos analizado acerca de los requisitos exigidos tradicionalmente por el TS para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, podemos concluir, en primer lugar, que debe mantenerse el requisito de la inimputabilidad (tanto en la alteración de las circunstancias como, en general, en el marco de la relación contractual) y, en segundo lugar, que quizás deba ponerse en duda cuál es el verdadero papel que se le da y debe dársele a la exigencia de que el cambio de circunstancias sea, *per se* (sin tener en cuenta sus resultados) de carácter extraordinario. En tercer lugar, por último, puede concluirse que la radical imprevisibilidad objetiva que supuestamente exige el TS para la aplicación de la cláusula quizás no sea ni deba ser tal, sino que en realidad lo que se exige (y debe exigirse) sea un concepto de imprevisibilidad razonable que vaya acompañado de nociones acerca de la responsabilidad que en cada supuesto concreto hayan asumido o deban asumir las partes.

¹²³ Así, las SSTS 16 octubre 1989 (RJ 1989/6927); 21 febrero 1990 (RJ 1990/707); 15 noviembre 2000 (RJ 2000/9214) y 17 noviembre 2000 (RJ 2000/9343).

¹²⁴ En este sentido, la STS 17 noviembre 2000 (RJ 2000/9343).

¹²⁵ Entre las resoluciones que mantienen esta concepción pueden destacarse las SSTS 17 mayo 1986 (RJ 1986/2725); 6 noviembre 1992 (RJ 1992/9226); 15 marzo 1994 (RJ 1994/1784); 29 mayo 1996 (RJ 1996/3862); 10 febrero 1997 (RJ 1997/665); 17 noviembre 2000 (RJ 2000/9343) y 12 noviembre 2004 (RJ 2004/6900).

Un detallado comentario a esta última STS, puede consultarse en TENA PIAZUELO, I.: “S. 12 de noviembre de 2004. Cesión de derechos correspondientes a agente de seguros y de cartera de seguros a cambio de una renta. – Invalidez (no se aprecia) por error; por indeterminación del objeto.- Cláusula *rebus sic stantibus*”. *CCJC*: nº 68, 2005, pp. 863 a 882.

¹²⁶ Así, las SSTS 16 junio 1983 (RJ 1983/3632), 24 junio 1993 (RJ 1993/5382) y 25 enero 2007 (RJ 2007/592).

Como ya hemos avanzado, en realidad, ambas cuestiones están relacionadas: averiguar hasta qué punto la alteración de circunstancias debe ser extraordinaria depende de cuál es la verdadera naturaleza de la imprevisión exigida. Nótese, en efecto, que si lo que se exige es una imprevisibilidad en sentido objetivo radical, por más que ambos conceptos sean distintos, tendría mucho menos sentido dudar acerca del requisito de lo extraordinario: las fronteras entre uno y otro concepto se difuminan. Si, en cambio, lo que se exige o debe exigirse es una noción más subjetiva de imprevisibilidad, entonces sí será preciso que nos preguntemos acerca del verdadero papel del requisito de que la alteración sea extraordinaria en conjunción con el de la imprevisibilidad.

3.4.1 El requisito de la imprevisibilidad y su relación con el consentimiento contractual y la asunción legal y contractual de riesgos

En el anterior capítulo hemos defendido que otorgar relevancia a la alteración sobrevenida de circunstancias no está reñido con el pleno respeto al principio *pacta sunt servanda*. Decíamos que no lo estaba porque allá donde se extiende el consentimiento contractual no puede ni debe encontrarse resquicio alguno al cambio del plan establecido y libremente convenido por las partes. También afirmábamos que el consentimiento no puede ser el fundamento de la doctrina *rebus sic stantibus* ni de cualquier otra asimilable. Y no lo puede ser porque esta doctrina no se basa en lo que las partes pactaron o dejaron de pactar, explícita o implícitamente, para el supuesto en que se modificaran las circunstancias existentes al tiempo de la perfección contractual. Una de dos: o las partes consintieron o previeron el cambio de circunstancias y entonces el problema que tenemos es sencillamente de interpretación de la voluntad contractual o bien no lo previeron (ni debieron prever) y debemos acudir a otros institutos mediante los que se pueda dar solución a la problemática. La consecuencia directa y obvia de lo anterior consiste en la necesidad de que cualquier regla, doctrina o teoría que dé solución a la alteración sobrevenida de las circunstancias deba ser de derecho objetivo. Una figura de derecho objetivo que, sin embargo, siempre tiene que partir de lo que las partes pactaron, del consentimiento contractual, toda vez que el punto de partida se encuentra, de un lado, en la imprevisión (sobre lo que no se pactó ni se pensó) y, de otro, en los riesgos asumidos legal o contractualmente.

Ambos requisitos deben concurrir al mismo tiempo: no basta con que el suceso que altera las circunstancias no se previera. Además, es preciso que no debiera preverse

o que aun sin deber preverse, no conforme parte del riesgo a asumir por cualquiera de las partes. Siendo ello así, ¿cuál es la respuesta a la pregunta de si la imprevisibilidad que debe exigirse para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (o de cualquier otra asimilable) es de naturaleza objetiva o subjetiva? Pues depende del aspecto con el que se juzgue esa objetividad o subjetividad. Si por objetivo se entiende que la imprevisibilidad del suceso y de la alteración de las circunstancias tiene que ser absoluta (no era posible preverlo), entonces no podemos estar de acuerdo. Prácticamente ningún suceso es imposible de prever: casi todo es, con mayor o menor dificultad, previsible o, cuanto menos, imaginable¹²⁷.

Y, claro, ¿en realidad pretendemos o debe exigirse a las partes que prevean y regulen todos y cada uno de los sucesos que directa o indirectamente pueda afectar al cumplimiento de sus prestaciones? Quizás sí, pero entonces se habrá decidido expandir al máximo la vertiente negativa del *pacta sunt servanda*. En ese caso, habría que ser coherentes y afirmar abiertamente que en pro de la seguridad jurídica o de cualquier otro principio, la alteración sobrevenida de las circunstancias es solamente un riesgo que deben asumir las partes en todo contrato, reservando así su posible modificación o extinción tan solo ante sucesos extremos o catastróficos. Lo que no es coherente, desde luego, es afirmar con rotundidad que la alteración de circunstancias puede tener algún papel en nuestro ordenamiento y al mismo tiempo exigir que la imprevisibilidad del suceso sea radical, objetiva y absoluta cuando, en realidad, a lo que se atiende es a lo que las partes pactaron, a sus circunstancias y, a partir de ahí, al riesgo que se ha asumido.

En cambio, si cuando se afirma que la imprevisibilidad debe ser objetiva lo que se quiere decir es que para juzgar lo que previeron y debieron prever las partes debe atenderse a cuáles son las circunstancias de las partes, su posición en el contrato, el tipo de contrato, los pactos alcanzados, la regulación legal de los riesgos en el tipo contractual del que se trate y, a partir de ahí, con todos esos elementos, averiguar si la parte que pretende eximirse o modificar su obligación ante la alteración de circunstancias asumió el riesgo de ese cambio de circunstancias, entonces no podemos sino estar de acuerdo con el hecho de que la imprevisibilidad debe ser medida con criterios objetivos¹²⁸. Criterios

¹²⁷ Así, TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, p. 136.

¹²⁸ En este sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 259. Entre esos criterios objetivos, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (*La alteración de...*, p. 235) señala la importancia de atender a cuál es el precio y cómo se ha fijado. Evidentemente, esa mayor o menor contraprestación en

objetivos que abundan o se sumergen en lo subjetivo por cuanto, a pesar de su objetividad, sirven para comprobar hasta qué punto nos encontramos con un problema real de alteración de las circunstancias o, sin más, ante un problema de interpretación de la voluntad contractual¹²⁹.

Así, en efecto, ¿de qué sirve atender a los pactos alcanzados, a la regulación legal de los riesgos, a la duración del contrato, a las circunstancias y al nivel de diligencia exigible a las partes del contrato? Pues, obviamente, para descartar que se trate de un problema de alteración de circunstancias —las partes lo previeron y pactaron algo al respecto— o para desecharlo porque cualquiera de ellas debe asumir el riesgo ante el cambio de circunstancias porque así lo estipula una norma concreta en la tipología de contrato de que se trate, porque las partes previeron un suceso muy parecido al realmente acontecido, o simplemente porque asumieron expresamente el riesgo consistente en la alteración de las circunstancias¹³⁰. De la voluntad de las partes depende la exclusión de la problemática de la alteración sobrevenida de las circunstancias —al tratarse de un simple problema de interpretación contractual— y también de la voluntad de las partes (en concreto, de la ausencia de esta) debería depender la eficacia o no de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

¿Por qué es necesario exigir la imprevisibilidad y no, simplemente, una imprevisión cualificada que incluya aquello que se debió prever no porque era previsible sino porque debía ser asumido por las partes en función de los criterios objetivos que hemos comentado anteriormente?¹³¹ La imprevisión es y debe ser el punto de partida.

función del valor objetivo de la prestación servirá para determinar, junto con otros factores, cuál es el riesgo que se ha asumido.

¹²⁹ El requisito de la imprevisibilidad (de la imprevisión, en realidad) es, como afirman ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J. (*Estudios...*, p. 310), fáctico y dependiente de las circunstancias que concurran en cada supuesto de hecho.

¹³⁰ A este aspecto en concreto creemos que se refiere AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*La cláusula rebus...*, p. 259) cuando afirma que para juzgar la imprevisibilidad del cambio de circunstancias debe estarse a criterios objetivos y al mismo tiempo que “[l]o imprevisible se acerca más a consideraciones de índole subjetiva, pues presupone un acercamiento a las facultades de previsión de los sujetos [...]”. Las consideraciones de índole subjetiva serán útiles para averiguar qué ha quedado fuera efectivamente del consentimiento contractual y los criterios objetivos, por su parte, para determinar si una previsión concreta sobre la alteración era exigible.

¹³¹ En este sentido, aunque en torno a la teoría de la imprevisión, TERRAZA MARTORELL, J. (*Modificación y resolución...*, p. 136) expone lo siguiente: “Bastaría la exigencia de que el riesgo fuese desacostumbrado, anormal fuera del cauce corriente; pero la pretensión de que además sea racionalmente imprevisible, o no significa nada o es una barrera infranqueable”.

Exigir la imprevisibilidad y no la mera imprevisión ya supone un plus adicional; un requisito objetivo que solo endurece la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (o de cualquier otra asimilable) y que nada tiene que ver con su fundamentación en el consentimiento contractual, o en una regla de derecho objetivo que no consista en una interpretación tan rigurosa (en sus efectos) como expansiva (en su concepción) del principio *pacta sunt servanda*. Más sentido tiene, a nuestro juicio, que el requisito consista en la mera imprevisión (que ya, obviamente, incluye la imprevisibilidad) y que a partir de ese punto se investigue cuál era el deber de previsión de las partes. Alejarnos de la imprevisibilidad para contentarnos con la mera imprevisión unida a otros factores de carácter objetivo no implica caer en el subjetivismo. No estamos afirmando sin más que el consentimiento de las partes incluía no cumplir o modificar las obligaciones en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias, sino más bien todo lo contrario: se trata de concluir que no nos situamos ante un problema de consentimiento contractual como primer paso para avanzar hacia una regla y solución de derecho objetivo¹³².

¿Cuál es el deber de previsión razonable de las partes? La clave para determinar el nivel de previsión exigible a las partes e impedir así que no exigir la imprevisibilidad sino simplemente la imprevisión se convierta en un atentado contra la seguridad jurídica se encuentra en el concepto de riesgo contractual. Las partes deben prever o, cuando menos, asumir todos aquellos riesgos que les son propios. ¿Pero cuáles son los riesgos que deben asumir las partes en caso de que no lo asuman directamente mediante una previsión contractual concreta —excluyendo así el problema de la alteración de circunstancias no previstas—? Pues para averiguarlo hay que acudir e investigar el tipo contractual que se ha celebrado y los pactos alcanzados¹³³, así como las circunstancias

Así también, DE COSSIO, M.: *Frustraciones y desequilibrios...*, p. 79. Nótese, sin embargo, que este autor parece contraponer la imprevisión frente a la imprevisibilidad sobre la base de la diferencia que se menciona como típica entre el caso fortuito y la fuerza mayor: el suceso debe ser imprevisible o, cuanto menos, inevitable. Si es inevitable, para el autor parece que basta la imprevisión. A nuestro juicio, la cuestión es más compleja y no puede reducirse a exigir la imprevisibilidad o la inevitabilidad. Ello supondría, de nuevo, obviar que el concepto clave es la imprevisión.

Por último, con gran maestría pone en tela de juicio ALBALADEJO, M. (*Derecho Civil. T. II...*, pp. 468 y 469) el criterio de la imprevisibilidad frente a la imprevisión.

¹³² Este es el camino seguido por LARENZ, K.: (*Base del negocio...*, pp. 91 a 97) para explicar el fundamento y naturaleza de lo que él denomina base del negocio objetiva. En este sentido también, CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contrato...*, p. 1010.

¹³³ Así, apoyándose también en el análisis económico del derecho, SALVADOR CODERCH, P.: “Alteración de circunstancias...”, p. 7.

que rodean a las partes y a su relación¹³⁴. Ello será útil por dos razones: en primer lugar, es posible que en la regulación legal subsidiaria ya se establezca una determinada regulación acerca de la circunstancia que ha alterado el equilibrio contractual y, en segundo lugar, es la configuración del propio contrato y de sus prestaciones lo que mejor nos puede informar acerca de si la alteración y sus efectos forman parte del *alea* contractual¹³⁵.

Así, por ejemplo, si de lo que se trata es de un contrato de obra con precio aplazado y un suceso imprevisto determina que aumente el coste de la obra, en principio, no podrá solicitarse una modificación de las prestaciones inicialmente previstas, pues ese riesgo, de conformidad con la regulación legal dada a ese tipo contractual (art. 1593 CC), debe ser asumido por el contratista. Del mismo modo, si el contrato es aleatorio, todo aquello que entre en el ámbito del *aleas* típico del contrato, por mucho que las partes no lo previeran, determina que ese suceso imprevisto no tenga incidencia en las prestaciones y deberes de las partes. Si se acepta la aleatoriedad¹³⁶ se hace con todas sus consecuencias.

¹³⁴ En este sentido, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, p. 93.

La configuración de las prestaciones puede ayudar a determinar cuáles son los riesgos que se han asumido. Como afirma muy gráficamente TERRAZA MARTORELL, J. (*Modificación y resolución...*, p. 26): “Nadie asume voluntariamente un riesgo, sin querer y tener un premio adecuado”.

¹³⁵ Nótese que imprevisión y asunción de riesgos no pueden escindirse. Ello es, a nuestro juicio, consecuencia directa de que ambas nociones se relacionen con el consentimiento contractual y la responsabilidad y diligencia a la hora de contratar y configurar las prestaciones. Así se pone de manifiesto en la regulación en Derecho alemán de la doctrina de la base del negocio (art. 313 BGB) en la que curiosamente no se recoge el requisito de la imprevisibilidad (ni de la imprevisión), pero en la que, como pone de manifiesto MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (*La alteración de...*, p. 36), están incluidos estos conceptos por cuanto en el art. 313 BGB se habla de los cambios que de haberse previsto hubieran supuesto que las partes no celebraran el contrato o lo hubieran hecho en otros términos. La aplicación del art. 313 BGB exige, por lo tanto, que no sea posible solucionar el problema de la alteración de circunstancias mediante la interpretación del contrato (consentimiento contractual) o a través de la distribución legal de los riesgos establecida por el ordenamiento para el tipo de contrato del que se trate. A pesar de ello, curiosamente, esta autora parece mantener una concepción estricta del *pacta sunt servanda* y del sistema de responsabilidad contractual (al menos en lo que respecta al cumplimiento, por cuanto afirma que (*Ibidem*, p. 232): “El principio *pacta sunt servanda* en sí mismo contiene ya una distribución de riesgos, según este principio cada parte debe soportar el riesgo de que la obligación que resulta del contrato se vea perturbada como consecuencia de acontecimientos imprevistos hasta el límite de la imposibilidad de la prestación”.

¹³⁶ Aun así, es preciso aclarar que, a nuestro juicio, no es incompatible la noción de contrato aleatorio y doctrina *rebus sic stantibus* o alteración de circunstancias. Los conceptos que son contradictorios son aleas y relevancia de la alteración de circunstancias. Lo que ello implica es que también en los contratos aleatorios (por su configuración legal u otorgada por las partes) es posible dar relevancia a la alteración sobrevenida de las circunstancias cuando dicha alteración de circunstancias o bien no afecte al elemento aleatorio del contrato o bien, porque aunque afecte al elemento aleatorio, lo haga de un modo o en grado distinto a como las partes habían previsto y asumido inicialmente. Al respecto, por su claridad, merece ser citada textualmente la opinión de ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *Los contratos de...*, p. 107: “Es cierto que en los contratos aleatorios hay un riesgo que las partes contratantes tienen en cuenta al contratar y en

También es importante la duración y el modo de cumplimiento del contrato. Y es importante no solo, como afirma en ocasiones el TS, porque la doctrina *rebus sic stantibus* sea de aplicación excepcional a los contratos de tracto único¹³⁷, aun de ejecución aplazada. Es importante porque en función de la duración del contrato y del tiempo y modo en que las obligaciones deben ser cumplidas puede determinarse cuál ha sido el riesgo asumido. El riesgo que se asume en un contrato de tracto único no es el mismo que se asume en un contrato de tracto sucesivo, igual que tampoco lo es el que se asume si se difiere el cumplimiento que si no se difiere. Pero la diferencia no es cuantitativa sino cualitativa. No se trata de que se asuma más o menos riesgo en función de la duración del contrato, sino que el riesgo que se asume en cada uno de ellos es distinto. Si el contrato es de tracto único y de ejecución instantánea, el riesgo consistente en la alteración de circunstancias es mínimo (o nulo) por cuanto una vez ejecutada la prestación satisfactoriamente, no ha lugar a la modificación: el riesgo que antes afectaba al deber de cumplir o a la necesaria aceptación del cumplimiento se convierte en un riesgo tan solo atribuible al propietario de la “prestación” ya ejecutada¹³⁸. La ejecución satisfactoria del contrato comporta su extinción y el de sus obligaciones, por lo que ya no es posible aplicar una doctrina (cualquiera que sea) cuyo objeto sea el deber de cumplimiento¹³⁹.

¿Qué ocurre cuando la ejecución del contrato se difiere mucho en el tiempo? Pues, evidentemente, aquí el riesgo consiste en la posibilidad de que una variación de

función o en previsión del cual contratan; riesgo que, como ya señalamos, se encuentra integrado por dos elementos: a) cantidad patrimonial arriesgada por cada parte contratante y b) probabilidades de que se verifique o no el evento que determinará para cada parte contratante la ganancia o la pérdida. [...] Pero, en estos contratos aleatorios, también hay un riesgo imprevisible que opera en otro sector, ya que ni ha sido tenido en cuenta por las partes al contratar, ni ha sido asumido por ellas. Puede, por ejemplo, suceder que, de producirse una alteración de las circunstancias en las que se celebró el contrato, el perdedor pague al ganador (de acuerdo con lo pactado) en moneda que luego resulta totalmente desvalorizada, lo que —como doctrinalmente se ha puesto de relieve—no sería posible (por injusto) defender a base del razonamiento de que se trataba de un contrato aleatorio”. Nótese que la autora habla de imprevisibilidad pero se refiere a la mera imprevisión.

¹³⁷ Cfr. SSTs 10 febrero 1997 (RJ 1997/665); 28 diciembre 2002 (RJ 2002/1650) y 22 abril 2004 (RJ 2004/2673).

En muchos de estos casos, como pone de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *ET ALII* (*Curso de Derecho Civil II...*, pp. 471 a 476), al negar la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, el TS termina extinguiendo el contrato mediante la figura de la resolución contractual ante la imposibilidad de cumplir la finalidad del contrato.

¹³⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *ET ALII*: *Curso de Derecho Civil II...*, pp. 471 a 476 y QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual...”, p. 1377.

¹³⁹ Así, CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos...*, p. 966.

circunstancias afecte a la integridad, valor o sentido de las prestaciones. Ese riesgo, en mayor o menor medida debe ser asumido por unas partes que, al diferir el cumplimiento del contrato, han aceptado que alguna circunstancia altere la configuración inicial de las prestaciones. Ello implica dos consecuencias: la primera, que cuanto mayor sea el tiempo durante el cual se prolonga el contrato, menor será la capacidad de previsión de las partes acerca de los sucesos que puedan acontecer¹⁴⁰ y la segunda, que mayor será el riesgo que deban asumir las partes en torno al cambio de circunstancias. Si se unen estas dos circunstancias puede concluirse que en los contratos de cumplimiento muy diferido en el tiempo es mucho más asequible que esté presente el requisito de la imprevisión pero, al mismo tiempo, se amplía el riesgo de que las partes deban asumir esa alteración, de tal modo que la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* sí debería exigir en estos casos una verdadera excepcionalidad, no en abstracto, sino en relación con el equilibrio que en función de las circunstancias presentes y previsibles las partes han alcanzado¹⁴¹. Si el diferimiento del contrato es mínimo, entonces en sentido inverso, el deber de previsión de las partes se acentúa y se confunde con el de la excepcionalidad: la cercanía del cumplimiento y el mayor número de elementos para determinar cuáles son los eventos que pueden afectar a las prestaciones de las partes provocan que el suceso que altere las circunstancias tenga también un carácter excepcional. Carácter excepcional no necesariamente unido a la configuración de las prestaciones que efectuaron las partes, sino más generalizable.

Por otro lado, ¿cuál es la incidencia que tiene que el contrato sea de tracto único o sucesivo si el cumplimiento es diferido? En ambos casos puede acontecer un suceso imprevisto entre la perfección y el cumplimiento. La mayor diferencia entre uno y otro caso estriba en el modo en que se habrán configurado las prestaciones. Si el contrato es de tracto único, las partes simplemente habrán tenido en cuenta el momento del cumplimiento a la hora de definir las. Sin embargo, si el contrato es de tracto sucesivo, las partes no solo deberían haber previsto el momento de cumplimiento sino también el

¹⁴⁰ En parecido sentido parecen pronunciarse ESPERT SANZ, V.: *La frustración del...*, p. 137 a 160 y ROCA SASTRE R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios...*, p. 311.

¹⁴¹ De este modo, SALVADOR CODERCH, P. (“Alteración de circunstancias...”, p. 7) afirma lo siguiente: “De qué orden de magnitud habría de ser el cambio para poder ser calificado como extraordinario es una pregunta que no admite respuesta a priori: los contratos son autorregulaciones de intereses privados y la medida de lo extraordinario estará en función de cada contrato concreto, de las circunstancias en las que se haya celebrado y de sus vicisitudes posteriores”.

equilibrio entre todas esas prestaciones sucesivas y su relación con el paso del tiempo y los posibles acontecimientos. En estos casos sí es más apropiado, como a menudo hace el TS, exigir a las partes cláusulas por las que prevean una actualización de las prestaciones en función de circunstancias aún no previstas: quizás lo que debía preverse es que estas acontecerían¹⁴².

Al respecto, sobre la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias a los contratos de tracto sucesivo, el TS ha establecido, en su reciente STS de 27 de abril de 2012 (La Ley 52695/2012)¹⁴³, que “el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación; en efecto, el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta, como indica la demandada en este recurso (fundamento de derecho quinto)”.

Por último, es necesario que nos preguntemos si la imprevisión debe alcanzar solo al suceso alterador o si, también, a los efectos que cause. En la doctrina, aun sin llevar la argumentación hasta sus últimas consecuencias, hay quien opina que la imprevisión debe alcanzar tan solo a las causas y no a los efectos que provoca¹⁴⁴. En nuestra opinión, la imprevisión debe alcanzar tanto al suceso como a los efectos. Por mucho que no se haya

¹⁴² Señala SALVADOR CODERCH, P. (*Ibidem*, pp. 26 y 27) que prever es una de las acepciones de la previsibilidad (la primera y la segunda son “ver con anticipación” y “conocer o conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder”): “Pero, además, en una tercera acepción, “prever” es “disponer o preparar medios contra futuras contingencias”. Quien contrata ha de ser, en tal sentido, “previsor” y de ningún modo puede repercutir sobre la otra parte las consecuencias de su propia imprevisión cuando, por hipótesis, había indicios o señales que permitían anticiparse a la contingencia de que se trate”.

¹⁴³ Un detallado comentario de esta sentencia puede ser consultado en PANIZA FULLANA, A.: “Cambios económicos y sociales” y cláusula rebus sic stantibus”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*: nº 8/2012.

¹⁴⁴ Cfr. GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: “Algunas consideraciones...”, p. 135.

previsto el suceso que puede alterar las circunstancias, pero sí un mecanismo de corrección para el caso en el que algún modo, cualquier circunstancia, pudiera afectar al valor o sentido de las prestaciones, entonces el problema debe solucionarse mediante el propio contrato y a través de su interpretación. Del mismo modo ocurre cuando lo que se prevé es una circunstancia parecida o similar a la que, a posteriori y de modo imprevisto, ha acontecido. En ese caso, no puede hablarse de imprevisión sin más, pues algo se ha previsto y, aunque quizás no sea útil, la primera opción debe ser la de interpretar la voluntad contractual (aunque sea a través de una interpretación integradora¹⁴⁵), pues allí donde existe el consentimiento contractual debe excluirse el problema (y la solución) de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

3.4.2 *El riesgo imprevisible (o imprevisto) y su relación con el principio pacta sunt servanda*

Si se acepta que un determinado riesgo no ha sido asumido por alguna o ambas partes (vertiente positiva) y que, además, no debe asumirse (vertiente negativa), entonces ese riesgo no queda incluido en el contenido del principio *pacta sunt servanda* ni obliga a las partes. Aunque quizás demasiado dogmática, nos parece destacable por su sencillez la explicación que de este fenómeno proporciona la teoría del riesgo imprevisible, nacida en el marco del derecho administrativo francés y preconizada por HAURIOU¹⁴⁶. Según esta teoría, en todo contrato, o al menos en algunos de ellos¹⁴⁷, hay un riesgo previsible (el que debe ser asumido por las partes) y otro imprevisible, que de algún modo queda fuera del contrato, es de naturaleza extracontractual y no obliga. Se afirma que de los contratos, al menos los de naturaleza y obligaciones bilaterales, se preconiza una justicia conmutativa que debe mantenerse en tanto en cuanto el equilibrio venga conformado por

¹⁴⁵ No puede dejar de citarse, por su importancia y sugerencias, el trabajo de VATTIER FUENZALIDA, C.: “La interpretación integradora del contrato en el Código civil”. *ADC*: t. XL, fasc. III, abril-junio-1987, pp. 495 a 524.

¹⁴⁶ Cfr. HAURIOU, M.: “La teoría del “riesgo imprevisible” y los contratos influidos por instituciones sociales”. *RDP*: t. XIII, enero-diciembre-1926, pp. 1 a 15. Esta teoría es relacionada por cierto sector de la doctrina española con el principio de buena fe en la contratación. Así también, DE LOS MOZOS, J.L.: *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*. Barcelona: Bosch, 1963, pp. 144 a 186.

¹⁴⁷ HAURIOU, M. (“La teoría del...”, pp. 1 a 15) defiende que esta teoría es solamente aplicable a los contratos administrativos en los que se podría ver comprometido el servicio público que conforma su objeto y a los contratos civiles influidos por instituciones sociales.

el riesgo previsto o que sin ser previsto debe ser asumido por las partes. Esa justicia conmutativa, en cambio, cuando acontece un riesgo imprevisible (imprevisto y que no debe ser asumido por las partes) debe ser corregida mediante la aplicación de una justicia distributiva que integre el elemento extracontractual en el que consiste el riesgo imprevisible.

La principal virtud de la teoría del riesgo imprevisible reside, a nuestro juicio, en poner de relieve los límites del consentimiento contractual una vez otorgado, sin con ello poner en duda la vigencia y pleno valor del principio *pacta sunt servanda*. Nótese que, a diferencia de muchas de las otras teorías que intentan dar explicación y solución al problema de la alteración de circunstancias, no necesita justificarse como excepción. Es, de hecho, el propio contrato lo que la explica: qué riesgo es extracontractual se determina desde el propio contrato mediante la inclusión de qué es lo que se ha previsto o debiera haberse previsto. No hay excepción al principio *pacta sunt servanda*, sino una situación extracontractual, que debe ser corregida, integrándola en el contrato —justicia conmutativa— mediante la aplicación de un remedio extracontractual —justicia distributiva—. En contrapartida, el mayor defecto de la teoría estriba en que se apoya en exceso en la previsibilidad sin atender al concepto de riesgo y sin ni tan siquiera determinar qué es necesario —además de la imprevisión— para que un riesgo tenga naturaleza contractual o extracontractual.

Es obvio que no basta con que una determinada circunstancia no se previera para que pueda tener incidencia en el marco del contrato. Desde una perspectiva económica de la relación contractual¹⁴⁸, se ha apuntado que a la hora de decidir quién es responsable

¹⁴⁸ Extremadamente útil a la hora de determinar qué riesgo debe asumirse y asegurarse frente a la contraparte resulta la perspectiva otorgada por el análisis económico del Derecho. Un análisis desde esa perspectiva económica es realizado por SALVADOR CODERCH, P. (“Alteración de circunstancias...”, pp. 35 a 45), que relaciona el riesgo asegurado o asegurable ante la alteración de circunstancias y el art. 1107 CC. Según este autor, una de las funciones básicas del contrato es la de asignar los riesgos entre las partes ante contingencias imprevistas. Ello se pone de manifiesto sin duda en el art. 1213 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, elaborada por la Comisión general de codificación y según el cual, “[s]i las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

de soportar un determinado riesgo debe atenderse, en primer lugar, a quién de las partes puede prevenir el riesgo de manera más eficiente; en segundo lugar, a quién de las partes está en mejor situación para asegurar un determinado riesgo a menor coste (incluso aunque no lo haya previsto), y en tercer lugar, a si ninguna de las partes está en mejor posición que la otra para prevenir o asegurar el riesgo de manera más eficiente. Evidentemente, a nuestro juicio, cuanto más específico sea el riesgo, bien porque solo afecte a una de las partes o a su negocio, bien porque de algún modo se incluía en el *alea* del contrato, menores serán las posibilidades de que puedan modificarse o excusarse las obligaciones de las partes. En contrapartida, cuanto más genérico sea el riesgo (tanto en sus causas como en sus efectos) menores serán las posibilidades de que una de las partes esté en mejor situación que la otra para asegurarlo o prevenirlo. Ello no implica, sin embargo, que la doctrina de la alteración de circunstancias se circunscriba a supuestos de catástrofes naturales o de guerra. Lo que significa es que el ámbito de la alteración sobrevenida de las circunstancias, aun como norma o doctrina general plenamente integrada en la teoría general del contrato, debe tener carácter especial, solo aplicable de forma subsidiaria cuando ni el consentimiento ni la responsabilidad contractual —a través del riesgo asumido o asegurado— solucionen la controversia.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

Nótese, en efecto, que en el recién citado precepto se condiciona la no exigibilidad de la prestación al análisis de cuáles son las circunstancias del caso y, en concreto, a la distribución contractual o legal de riesgos.

3.5 Hacia una nueva configuración de la doctrina del TS sobre el cambio de circunstancias¹⁴⁹

El pasado 30 de junio de 2014, el TS dictó una sentencia que supone un giro de 180 grados respecto a la doctrina tradicional del alto tribunal en lo referente a la problemática relacionada con el cambio de circunstancias. La STS de 30 de junio de 2014¹⁵⁰ se aleja de la excepcionalidad de los requisitos que hasta la fecha han sido

¹⁴⁹ No se analiza en profundidad la STS de 13 de marzo de 2015 (Cendoj 28079110012015100130) en la medida en que en ella no se entra a valorar la aplicación de la cláusula o doctrina *rebus sic stantibus*. A pesar de ello, por lo que a continuación se especificará, es preciso que hagamos alguna puntualización sobre este supuesto.

En este caso, la demandada se había obligado a pagar un canon por el uso de unas máquinas dispensadoras de tabaco en sus establecimientos. El contrato en cuestión se celebró a inicios de 2005 cuando ya se conocía la más que probable aprobación de una normativa restringiendo el consumo tabaco en lugares públicos. Tanto es así que la demandada se había comprometido contractualmente a “instalar zonas de no fumadores llegado el caso ante la conciencia de las probables modificaciones legislativas [...]”

A pesar de esta previsión expresa y ante el gran coste de adaptación de los locales, la demandada decidió no cumplir con sus obligaciones contractuales. Ante esta decisión, el tribunal de apelación decidió dar por resuelto el contrato moderando la cláusula penal que las partes habían pactado para el supuesto de desistimiento unilateral de la demandada. Lo curioso de esta decisión es que el tribunal aplica la cláusula penal afirmando a su vez que no ha habido incumplimiento del contrato ante la grave desproporción de las prestaciones provocada por el alto coste que para la demandada tenía habilitar zonas para no fumadores. No se aplica la cláusula *rebus* pero se modera una cláusula penal ante el desequilibrio de las prestaciones y al mismo tiempo se afirma que no ha habido incumplimiento. Así lo recoge y confirma el TS (fundamento de derecho quinto): “A juicio del Tribunal de instancia, y su conclusión no es ilógica o arbitraria, no se está ante un verdadero incumplimiento que merezca la aplicación íntegra de la cláusula penal prevista en el contrato, sino ante una circunstancias como es la nueva legislación que, aunque previsible, exige en ciertos centros una adaptación técnica para su habilitación como espacios de fumadores que generó por sus costes una auténtica desproporción en el cumplimiento de la obligación, rompiendo la equivalencia de las prestaciones”.

A nuestro juicio, en este caso, ante la asunción expresa del riesgo del cambio de normativa, no es aplicable ninguna de las doctrinas relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias y ello implica que el incumplimiento debe afirmarse rotundamente. Cuestión distinta es que pueda o deba moderarse la cláusula penal prevista y que para ello se tenga en cuenta la nueva legislación. Si hay incumplimiento, como por otra parte afirma el TS (fundamento de derecho sexto), no puede ni debe acudir a la doctrina *rebus sic stantibus*: “El Tribunal [de apelación] opta por estimar la resolución del contrato por incumplimiento irregular de su obligación por la parte demandada y, por ende, huelga traer a colación toda la doctrina de la Sala al respecto extensamente recogida y sistematizada en la sentencia de 30 de junio de 2014 [...]”.

¹⁵⁰ Cendoj 28079110012014100324.

V. los escuetos análisis que hacen de la STS de 30 de junio, RIVERO ORTIZ, R.: “De nuevo la cláusula *rebus sic stantibus* y su brusco giro jurisprudencial”. *Diario La Ley*: nº. 8439, sección tribuna, diciembre-2014, año XXXV, 6 pp. y BUADES FELIU, J.: “Estando así las cosas. *Rebus sic stantibus*”. *Diario La Ley*: nº. 8430, sección tribuna, noviembre-2014, año XXXV, 6 pp.

V. también el trabajo de TAPIA HERMIDA, A.: “Relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato: nueva denominación, conceptualización y aplicación de la cláusula *rebus*

exigidos por el TS para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, normaliza el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias y lo encuadra de forma natural en la teoría general de las obligaciones contractuales. A continuación, por su importancia, se analizan y comentan los criterios utilizados por el TS en el examen del problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, siguiendo para ello el mismo orden de la sentencia.

En el último apartado del capítulo se resume y comenta aún la más reciente STS de 15 de octubre de 2014, en la que se insiste en la nueva configuración de la doctrina ya recogida en la sentencia de junio¹⁵¹.

3.5.1 Antecedentes de la STS de 30 de junio de 2014

Los hechos que sirven de base a la sentencia y que a continuación se resumen brevemente vienen expuestos en su fundamento de derecho primero. La demandante en primera instancia, Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L. (en adelante, “Promedios”) y la demandada, Empresa Municipal de Transportes de Valencia S.L.U. (en adelante, “EMT”), celebraron el 30 de mayo de 2006 un contrato de explotación de publicidad, con un plazo de vigencia de cuatro años, desde el 1 de agosto de 2006 hasta el 31 de julio de 2010. En virtud de este contrato, Promedios se obligaba a pagar a EMT un canon mínimo mensual de 140.550 euros (1.686.600 euros anuales) a cambio de la explotación de su publicidad en los autobuses de EMT. En virtud de una adenda al contrato firmada el 15 de mayo de 2007, el canon mensual se fijó en la cantidad de 178.350 euros (2.140.200 euros anuales). Asimismo, las partes acordaron que el canon se actualizaría al alza un 5% cada 1 de agosto durante los años de vigencia del contrato. Promedios se obligó también

sic stantibus”. *CEFLegal (Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos)*: nº 61, 2014, pp. 49 a 94.

¹⁵¹ El ponente de ambas SSTs, tanto la de 30 de junio como la de 15 de octubre es D. Francisco Javier Orduña Moreno. El pensamiento y concepción de la doctrina por parte de este magistrado puede ser consultado en ORDUÑA MORENO, F. J.: “La moderna configuración de la doctrina “rebus sic stantibus”. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura”, en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura)*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 247 a 314.

Un reciente comentario de la STS de 15 de octubre de 2014 puede ser consultado en MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “Confirmación de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del TS en torno a la cláusula “rebus sic stantibus”. *Revista Aranzadi Doctrinal*: nº 2/2015, pp. 111 a 114.

a abonar a EMT, en cuatro anualidades, la cantidad de 567.911,75 euros en concepto de diversas mejoras. Por último, Promedios garantizó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales a través de un aval a primer requerimiento, solidario y con renuncia expresa a los beneficios de excusión, división y orden por importe de 702.750 euros.

La relación contractual entre Promedios y EMT transcurrió con normalidad desde el inicio de vigencia del contrato hasta el 20 de febrero de 2009, fecha de pago de la factura n.º 2 de 15/1/2009, emitida por EMT por un importe de 233.064,30 euros y correspondiente al canon de noviembre de 2008. Esta última factura no fue abonada a su fecha de vencimiento. De hecho Promedios no pagó esta factura hasta el 6 de mayo de 2009; fecha en la que, además, solamente abonó el 70% de lo adeudado, lo que a su vez motivó que EMT le remitiera un requerimiento reclamando el pago de la suma restante más los impuestos e intereses calculados según el tipo pactado contractualmente. Al respecto, debe mencionarse que EMT ya había rechazado en abril de 2009 la solicitud de Promedios de reducir temporalmente al 70% el canon pactado debido a la imprevisible crisis del mercado de inversiones publicitarias y descensos en su facturación.

El motivo por el que Promedios dejó de abonar la totalidad de la factura adeudada tiene su explicación en la rentabilidad económica negativa resultante del cumplimiento del contrato en sus estrictos términos. Como quedó demostrado durante los procedimientos de instancia y recoge el TS en su primer fundamento de derecho, inclusive con el pago reducido del 70% de la primera factura impagada, el contrato arrojaba para Promedios una rentabilidad negativa que ascendía a la nada desdeñable cantidad de 4.107.128 €. Esa rentabilidad negativa se correspondía con un descenso en la facturación de Promedios en torno al 40% con respecto al año 2008. A su vez, este descenso en la facturación vino acompañado por un descenso en la inversión en el sector del transporte tanto a nivel nacional como a nivel de la Comunidad Valenciana. Por otro lado, también fue acreditado durante los procedimientos de instancia que si bien durante el primer año de ejecución del contrato ya se notaban los efectos de la crisis en el sector de la publicidad, no fue hasta el año 2009 en el que esta se volvió especialmente aguda, lo que incluso llevó a Promedios a cerrar líneas de negocio en ese momento totalmente inviables.

Ante la negativa de EMT de adaptar el contrato y la de Promedios a cumplirlo en sus estrictos términos, ambas partes iniciaron procedimientos de juicio ordinario que

finalmente fueron acumulados. En el procedimiento iniciado por EMT se solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento contractual, así como el abono de la deuda vencida y de los intereses. Por otro lado, en el procedimiento iniciado por Promedios se solicitaba al juzgado que se modificaran las bases de cálculo del canon a abonar a EMT, fijándolo en el 70% de la facturación neta mensual o alternativamente en la cantidad de 70.000 euros mensuales, todo ello ante el desequilibrio de las prestaciones generado por el cambio de las circunstancias que sirvieron de base al contrato. Subsidiariamente, Promedios solicitaba que se fijara la modificación del canon que el juez considerara oportuna en función de las circunstancias o, para el caso en que no procediera la modificación del canon, se resolviera el contrato ante la imposibilidad económica de cumplirlo.

Una vez acumulados los procedimientos iniciados por las partes, el juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por Promedios y, en consecuencia, declaró que se había producido una alteración imprevisible de las circunstancias que había generado un desequilibrio de las prestaciones. En consecuencia, el juzgado acordó modificar las bases para el cálculo a abonar a EMT, fijándolo en un 80% de la facturación neta mensual de Promedios (esta había solicitado que se fijara en el 70%), con un mínimo garantizado para EMT de 100.000 euros. La demanda de EMT fue íntegramente desestimada.

Ante los recursos de apelación presentados por ambas partes, en fecha 11 de junio de 2012, la Audiencia Provincial de Valencia dictó una sentencia revocatoria, mediante la que acordaba desestimar la demanda interpuesta por Promedios y estimar parcialmente la demanda formulada por EMT, acordando en consecuencia declarar resuelto el contrato ante el incumplimiento grave de Promedios y condenando a esta al pago de la cantidad adeudada, de los intereses de demora, así como de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Como expone el TS en el fundamento de derecho primero de la sentencia, la desestimación de la demanda de Promedios por parte de la Audiencia Provincial se basó en la negativa a considerar que la crisis económica y sus efectos en el mercado de la inversión publicitaria pudieran considerarse factores imprevisibles, susceptibles de provocar una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes.

Ante la sentencia de segunda instancia, Promedios interpuso el recurso de casación origin de la sentencia que ahora comentamos. Este recurso se fundamentaba en dos motivos distintos aunque excluyentes: 1º) la infracción de la jurisprudencia constante del TS sobre la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* y 2º) la aplicación incorrecta del art. 1124 CC, en relación con el art. 1258 CC, ante la decisión de la Audiencia de resolver el contrato ante un incumplimiento grave. El TS estimó el primero de los motivos del recurso de casación, lo que hizo innecesario analizar el segundo. La estimación de ese primer motivo conllevó la confirmación del fallo de la sentencia dictada en primer instancia, lo que supuso la apreciación de la excesiva onerosidad y la modificación del canon a abonar por Promedios al 80% de lo pactado, con un mínimo garantizado para EMT de 100.000 €.

3.5.2 *Delimitación abstracta del problema de la excesiva onerosidad en la STS de 30 de junio de 2014*

Como bien expone el TS, y analizamos más adelante, cada vez son más las voces que tratan de normalizar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, dándole encaje en la teoría general del contrato y de las obligaciones. En particular, la sentencia trae a colación, como ejemplo de cambio de paradigma en el entendimiento y caracterización de la doctrina *rebus sic stantibus*, las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013 (que serán objeto de análisis más profundo en el Capítulo 5)¹⁵². No obstante, como tendremos ocasión de comentar, si bien en estas sentencias se flexibilizan algunos de los requisitos tradicionalmente exigidos para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (en concreto la imprevisibilidad y extraordinariedad del cambio de circunstancias), cierto

¹⁵² En la STS de 17 de enero de 2013 se establece, de un lado, que una crisis económica como la atravesada por nuestro país en los últimos tiempos puede considerarse un factor de carácter extraordinario (se comprueba que el requisito de la extraordinariedad sigue plenamente vigente) y, de otro lado, sin embargo, que la imposibilidad de un comprador de vivienda para financiarse no puede dar lugar, por sí sola, a la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Además, expone el TS que es necesario “(...) valorar un conjunto de factores necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación, o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia”.

es también que en dichas resoluciones no termina de explicarse ni de configurarse la doctrina *rebus sic stantibus* o, si se prefiere, el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias en abstracto, más allá de los casos concretos que se resuelven. La sentencia de 30 de junio de 2014 sí resulta, en cambio, un avance en esa configuración de la doctrina.

A nuestro juicio, como demostraremos, la mejor forma de apostar por la normalidad del problema (y la solución) de la alteración sobrevenida de las circunstancias reside en atacar que el fundamento de la doctrina *rebus sic stantibus* (o de cualquier otra que resulte de aplicación) se encuentre en las reglas de equidad o de justicia o en el hipotético consentimiento de las partes. De ahí que el TS, refiriéndose a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, determine que “todo parece indicar que debe abandonarse su antigua fundamentación según reglas “de equidad y justicia” en pro de una progresiva objetivización de su fundamento técnico de aplicación. En este sentido, la fundamentación objetiva de la figura, alejada de los anteriores criterios subjetivistas, resulta ya claramente compatible con el sistema codificado”. Afirma el TS, además, que la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* no es incompatible con la aplicación y plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*, en la medida en que la aplicación de la doctrina se deriva de otras reglas y fundamentos igual de importantes y compatibles con dicho principio; en concreto, la regla de la conmutatividad y el principio de la buena fe.

Si bien no puede dudarse del acierto del TS en esta afirmación, también debe considerarse que, como ya analizamos en el capítulo anterior, la compatibilidad del principio *pacta sunt servanda* con el reconocimiento de la incidencia de la alteración sobrevenida en el régimen de ejecución contractual no solo deriva de otros principios o normas, sino también del correcto entendimiento de dicho dogma.

La aplicación de la alteración sobrevenida de las circunstancias, más cuando esta figura no está formalmente reconocida en nuestro ordenamiento, exige la búsqueda de uno o varios fundamentos de carácter objetivo. El primero y principal de esos fundamentos se encuentra, para el TS (fundamento de derecho segundo, punto 4º) en la causa del contrato y, en concreto, en el postulado de la conmutatividad. Así, afirma el alto tribunal que “(...) todo cambio de bienes y servicios que se realice onerosamente tiene que estar fundado en un postulado de conmutatividad, como expresión de un equilibrio

básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio. Este “equilibrio básico” (...) resulta también atendible desde la fundamentación causal del contrato, y sus correspondientes atribuciones patrimoniales”.

El otro fundamento, además de la causa, en el que el TS apoya un posible desarrollo de las doctrinas relativas a la excesiva onerosidad de la prestación no es otro que el de la buena fe contractual. En virtud de este principio, afirma el alto tribunal, “el acreedor no debe pretender más de lo que le otorgue su derecho y el deudor no puede pretender dar menos que el sentido de la probidad exige, todo ello de acuerdo con la naturaleza y finalidad del contrato”. También basa el tribunal en este principio de la buena fe, además de en el principio de conservación del contrato, la posibilidad de que las obligaciones contractuales puedan ser adaptadas o revisadas por el tribunal.

A nuestro juicio, sin negar que el principio de la buena fe pueda jugar algún papel en la solución o explicación al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, resulta cuanto menos arriesgado basar la incidencia del cambio de circunstancias o su solución en el principio de buena fe. Por más que la alteración sobrevenida pueda y deba calificarse como incidencia normal en el régimen de ejecución contractual, su aplicación no debería generalizarse ni basarse en un principio tan poco concreto como el de la buena fe contractual. Ello no solo abriría un espacio para la discrecionalidad en las decisiones judiciales sino que también causaría una cierta inseguridad jurídica a las partes a la hora de interpretar qué cambio de circunstancias es alegable por el deudor u oponible frente al acreedor. Como analizaremos, el límite a lo que puede reclamar el acreedor en virtud del contrato debe buscarse no tanto en el principio de buena fe contractual sino en el deber de previsión de las partes en el momento de contratar y en la asunción de riesgos.

Parece, por lo tanto, que el TS relaciona, en abstracto, un posible desarrollo de la doctrina *rebus sic stantibus* con el elemento de la causa y el principio de la buena fe contractual. Además, defiende el tribunal la perfecta compatibilización de dichas doctrinas con todo nuestro sistema contractual y, en particular, con el principio *pacta sunt servanda* o de vinculación contractual. Sin embargo, a la hora de concretar la aplicación de la figura, el TS recurre inexplicablemente a la doctrina alemana de la base del negocio, distinguiendo entre base objetiva y subjetiva del negocio.

La base objetiva del negocio desaparece o se ve afectada, en palabras del alto tribunal, cuando 1º) “[l]a finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable” o cuando 2º) “[l]a conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación”. Afirma el TS, asimismo, que “[c]omplementariamente, (...) la base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado”.

Siguiendo la doctrina del TS, entonces, la frustración de la finalidad del negocio puede ser producto de la ruptura de la base objetiva del negocio cuando esta finalidad haya sido expresamente prevista por las partes o se derive de la naturaleza del contrato, o bien producto de la ruptura de la base subjetiva del negocio, cuando la finalidad económica sea la individual de una de las partes siempre y cuando haya sido conocida y no rechazada por la otra parte. En cambio, la excesiva onerosidad de la prestación se produce únicamente ante una ruptura de la base objetiva del negocio, cuando la equivalencia o proporción de las prestaciones se destruye o desfigura por completo.

En cualquier caso, expone además el TS, para que la ruptura de la base del negocio pueda ser alegada, ya produzca la frustración de la finalidad contractual o de la excesiva onerosidad, es necesario que las partes, implícita o explícitamente, no hayan asumido el riesgo del cambio de circunstancias: “En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa provisión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato de forma que, para la aplicación de la figura del cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido el “riesgo normal” inherente o derivado del contrato”.

Es cierto. Como venimos defendiendo repetidamente en este trabajo, no puede entenderse ni resolverse el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias sin

atender a la configuración del riesgo contractual. Si las partes han asumido expresamente el riesgo de que una circunstancias aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, ese riesgo era razonablemente previsible, entonces no es posible aplicar las teorías relacionadas con la alteración sobrevenida.

El TS acierta, en definitiva, al exigir una imprevisibilidad razonable en el caso concreto y no una imprevisibilidad absoluta y abstracta, como tradicionalmente este mismo tribunal ha exigido a la hora de aplicar la doctrina *rebus sic stantibus* (punto 6º del fundamento de derecho segundo): “De esta forma, la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato, con lo que la imprevisibilidad, fuera de su tipicidad en el caso fortuito, queda reconducida al contraste o resultado de ese juicio de tipicidad, esto es, que dicho acontecimiento o cambio no resultara “previsible” en la configuración del aleas pactado o derivado del contrato. De ahí, que la nota de imprevisibilidad no deba apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico”.

No acierta el TS, en cambio, en la traslación de la doctrina de la base del negocio al ordenamiento jurídico español. Como se analizará en el capítulo 5, el fundamento y solución a los problemas que en el derecho alemán se resuelven acudiendo a la alteración de la base del negocio pueden ser resueltos acudiendo a otras instituciones. Básicamente, el consentimiento y sus vicios (para los problemas de índole subjetiva) y el objeto y causa contractual (para los problemas de índole objetiva).

3.5.3 Delimitación concreta y solución al supuesto de hecho de la STS de 30 de junio de 2014

A la hora de resolver el supuesto enjuiciado, el TS concluye (acertadamente a mi juicio) que la crisis económica y su influencia en el mercado publicitario y del transporte puede causar una excesiva onerosidad con efectos para las partes. No obstante, la crisis y su incidencia en el sector publicitario y del transporte no son *per se*, en abstracto, factores suficientes para la apreciación de la excesiva onerosidad. Lo que provoca la aplicación

de la figura es la crisis como factor imprevisible (razonablemente) para las partes y la no asunción del riesgo por parte del deudor de que el canon pactado pudiera resultar ruinoso y desproporcionado. Es cierto, como expuso la Audiencia, que Promedios, la empresa adjudicataria, podría haber incluido un pacto anticipando una posible crisis en el mercado. De hecho, esa crisis, en abstracto, era previsible. Lo transcendental, como con gran acierto se establece en la resolución, es que las circunstancias de las partes y del mercado en el momento de contratar (año 2006) no hacían razonable la previsión de una crisis como la finalmente acontecida. Y esa imprevisión razonable o no imputable, si se prefiere, es lo que provoca a su vez que el deudor no haya asumido tal riesgo.

En palabras del TS (fundamento de derecho tercero): “De modo que, conforme a lo expuesto, no parece que pueda imponerse dicho riesgo cuando por la trascendencia del mismo no cayera en la esfera de control de la parte en desventaja, ni razonablemente se tuvo en cuenta o se esperaba que se tuviese en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato. Pues bien, esto es lo que ocurre en el presente caso de acuerdo con el análisis de las periciales practicadas, aceptadas en ambas instancias, en donde se desprende que aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora. De este contexto se comprende que en el momento de la contratación, de claras expectativas de crecimiento, solo se tuvieron en cuenta, de acuerdo con las prácticas negociales del sector, la participación de la empresa ofertante en el incremento esperado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación, caso que sí ocurrió, de forma llamativa, cuando dicha empresa, ya en la situación de crisis del sector, y desligada del anterior contrato, adapta su nueva oferta de adjudicación a la realidad del nuevo contexto económico”.

Tanto como acierta el TS al exigir una imprevisibilidad razonable unida a la no asunción del riesgo para la aplicación de la excesiva onerosidad, yerra al considerar la extraordinariedad del cambio de circunstancias como un requisito independiente para la aplicación de la doctrina. Así, en efecto, si bien en algún punto de la sentencia parece que la extraordinariedad no es un requisito propio, sino tan solo un método para calibrar si un riesgo era razonablemente previsible o no (“Todo ello, en la medida en que, por el carácter

extraordinario y profundo de la alteración económica, su acaecimiento no pudiera razonablemente precaverse”), un párrafo más adelante la extraordinariedad parece configurarse como un requisito propio, autónomo al de la imprevisibilidad (fundamento de derecho tercero, punto 4º): “Determinado el carácter extraordinario de la alteración de las circunstancias, por el hecho notorio de la actual crisis económica, su notable incidencia en el contexto del mercado publicitario del transporte y su nota de imprevisibilidad en el marco de razonabilidad de la distribución asignación de los riesgos del contrato, la tipicidad contractual de la figura requiere, además, que dicha alteración o cambio de circunstancias produzca una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada”.

Sin duda, la STS de 30 de junio de 2014 supone un avance en la configuración de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el derecho español. Ese avance se justifica principalmente en el intento de normalizar dicha doctrina en el marco de nuestro derecho a través de la redefinición de sus requisitos de aplicación y, en particular, de los requisitos de la imprevisibilidad y la asunción del riesgo. Aun así, el declarado intento del TS para superar la concepción tradicional de la doctrina *rebus sic stantibus* y objetivizar la aplicación de la excesiva onerosidad se ve empañado por el hecho de recurrir a doctrinas y teorías extranjeras (de dudosa aplicabilidad a nuestro derecho) o por la insuficiente justificación de la solución basada en la adaptación del contrato.

3.5.4 La reafirmación de la doctrina: STS de 15 de octubre de 2014

En la muy reciente STS de 15 de octubre de 2014 (La Ley 171646/2014) se pone a prueba la aplicación de la “renovada” doctrina *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de un edificio destinado a la actividad hotelera y de su correspondiente aparcamiento.

La arrendataria, Accor Hoteles España, S.A., interpuso demanda contra la propietaria del edificio y solicitó, con carácter subsidiario, para el supuesto en que no se acogieran sus pretensiones principales de resolución por incumplimiento y de indemnización de los daños y perjuicios, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*.

La alegación de la doctrina *rebus sic stantibus* se basó en la ruptura del equilibrio de las prestaciones ante la crisis económica sufrida en nuestro país desde la fecha de la firma del contrato (año 1999) y se concretó en la petición de reducción de las rentas arrendaticias a abonar por la arrendataria.

Tras el rechazo de las pretensiones de la actora tanto en primera como en segunda instancia, el TS acogió la alegación de la doctrina *rebus sic stantibus* sobre la base de la importante crisis económica acontecida en nuestro país durante el período de vigencia del contrato (también en el sector turístico y hotelero), así como en la “imprevisibilidad del riesgo derivado y de la excesiva onerosidad resultante respecto de la prestación debida (fundamento de derecho primero)”.

A la hora de valorar la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, el TS, siguiendo lo ya establecido en la STS de 30 de junio de 2014, parece que no exige una imprevisibilidad objetiva y absoluta, sino una imprevisibilidad razonable en atención a las circunstancias del caso y de la relación contractual subyacente.

Sin embargo, nuevamente y con poco acierto a nuestro juicio, el TS relaciona este requisito con la doctrina de la base del negocio: “(...) con independencia de las expectativas de explotación del negocio, de claro riesgo asignado para la parte arrendataria, el contexto económico del momento de la celebración y puesta en ejecución del contrato (periodo del 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles, formó parte de la base económica del negocio que informó la configuración del contrato de arrendamiento suscrito por las partes en febrero de 1999. Desde esta perspectiva, y conforme a las prácticas negociales del sector en dicho contexto, no parece que pese a tratarse la parte arrendataria de una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio de hostelería, se le puede imputar, exclusivamente, la falta de previsión acerca de la crisis económica; de forma que por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que "razonablemente" se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado”.

En otras palabras, si bien la desactualización de la renta pactada es un riesgo a asumir por la parte arrendataria, mucho más cuando esta es una empresa relevante en el sector hostelero, no es menos cierto (para el TS) que este riesgo no puede atribuirse en exclusiva a la arrendataria, dada las circunstancias de irrupción de la crisis económica y de su especial impacto.

No cabe duda de que la admitida desactualización de la renta es un factor, en principio, previsible y, por lo tanto, atribuible a las partes. Indudable resulta también que las partes, en un contrato de una vigencia tan amplia, podrían haber pactado un índice para la actualización de la renta. La clave, sin embargo, como adecuadamente establece el TS, no se sitúa en la previsibilidad (en sentido objetivo) de la crisis o en la posibilidad de que las partes pudieran haber sido más cautelosas mediante la inclusión de un pacto referente a la posible actualización de la renta. La clave para la resolución del supuesto estriba en la determinación de si, ante las circunstancias concretas de las partes, del contrato y del sector en el que se inserta, resultaba razonable que se hubiera previsto o asumido la posibilidad de que, como expone el TS, las caídas del sector hotelero en la ciudad de Valencia (ciudad en la que se encuentra el hotel arrendado) pudieran superar el 40%. Ello es acertado en abstracto pero dudoso en la aplicación del caso concreto. ¿No debían las partes asegurarse frente a una desactualización de la renta?

Por otro lado, de forma mucho más clara que en la STS de 30 de junio de 2014 pero aún sin establecerlo abiertamente, en la STS de 15 de octubre de 2014 parece prescindirse del requisito de la extraordinariedad para la aplicación de la doctrina *rebus*. Así parece deducirse, sin duda, de lo dispuesto por el TS en el apartado 7º del fundamento de derecho primero: “(...) la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y comercial en el que incide (STS de 26 de abril de 2013, núm. 308/2013); todo ello conforme, también, con la aplicación ya normalizada de esta figura que presentan los principales textos de armonización y actualización en materia de derecho contractual europeo, la "razonabilidad" de su previsión en el momento de la celebración del contrato, y la aplicación de su alcance

modificativo conforme al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos STS de 15 de enero de 2013 /núm. 827/2012)”.

En lo que respecta al requisito consistente en la excesiva onerosidad, el TS establece que este se encuentra presente en atención a las pérdidas acumuladas de los hoteles de la arrendataria en relación con los beneficios de la empresa arrendadora. A nuestro juicio, como veremos, aunque ambas cuestiones estén relacionadas, no cabe duda de que la excesiva onerosidad debería haberse medido en este caso en relación con el valor de las prestaciones y no en atención a los beneficios o pérdidas de las partes¹⁵³. Esos beneficios o pérdidas, si bien pueden tenerse en cuenta, no son los factores para determinar la existencia de la excesiva onerosidad en el contrato.

En cuanto a los efectos de la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, reitera el TS su preferencia por los efectos modificativos frente a los resolutorios, por las mismas razones ya apuntadas en la STS de 30 de junio. Además, el alto tribunal establece que esta solución es también la que mejor encaja en un contrato de arrendamiento de larga duración. Por todo ello, el TS acoge el criterio defendido por la actora y reduce la renta en un 29%. El tribunal justifica esta reducción atendiendo a que la renta tras esta reducción seguirá siendo superior a la de mercado y toda vez que en el marco de otro contrato correspondiente a otro hotel, la propietaria aceptó una rebaja del 50% de la renta. No explica el TS por qué ha escogido ese porcentaje y no otro.

Resulta indudable que esta STS continúa con la senda iniciada por la STS de 30 de junio de 2014. Ello no resta, sin embargo, que la aplicación al caso concreto parece un poco precipitada en la medida en que puede dudarse de que en este caso las partes no debieran haber previsto o asumido el riesgo de una posible desactualización de la renta. Además, a nuestro juicio y como expondremos en el capítulo 8, la solución consistente en la modificación del contrato (en este caso a través de la moderación de la renta) no es respetuosa con una noción de contrato basada en la voluntad contractual. Se impone a una

¹⁵³ Curiosamente esta es la opinión que manifiesta el ponente de la sentencia en su obra ORDUÑA MORENO, F. J.: “La moderna configuración...”, pp. 301 y 302: “(...) el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc”.

de las partes unos términos que no ha consentido y, a pesar de ello, se sigue afirmando que la relación es contractual sin redefinir la institución contractual en nuestro sistema.

La verdadera superación de la doctrina tradicional exige que se relacione el fundamento o fundamentos de la excesiva onerosidad (y de la frustración del fin contractual) con su posible solución (renegociación, resolución o adaptación del contrato) y que se termine de concretar cuál es el alcance de los nuevos requisitos apuntados por el TS (imprevisibilidad razonable y no asunción de riesgos) frente a los requisitos tradicionales (imprevisibilidad absoluta y extraordinariedad del cambio de circunstancias). Precisamente a esa tarea dedicamos los siguientes capítulos de este trabajo.

4. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL *COMMON LAW*

En el presente capítulo no solo tomamos en consideración el derecho estadounidense sino, en general, el derecho del *common law*, haciendo especial referencia al derecho inglés¹⁵⁴. También acudimos al derecho romano y al canónico en la medida en que, como se demostrará, ello sirve para explicar o fundamentar el derecho estadounidense actual o sus diferencias con nuestro sistema.

Como no podía ser de otro modo tratándose del *common law* y, en específico, del derecho estadounidense, haremos un estudio sosegado no solo de la doctrina, sino también de la jurisprudencia, al ser en las resoluciones judiciales donde residen las verdaderas normas jurídicas y fundamentos que servirán de base a nuestro estudio. No obviaremos, sin embargo, el estudio de la legislación aplicable. En concreto, como se verá, haremos énfasis en el *Uniform Commercial Code* (“UCC”), promulgado en el año 1952 como una mera recomendación para la unificación del “derecho comercial” de los distintos estados de Estados Unidos pero actualmente acogido y promulgado con fuerza de ley por todos y cada uno de esos estados.

No obviaremos tampoco en nuestro estudio los *Restatements of Law*, tratados no vinculantes elaborados por *The American Law Institute* y en los que, con el fin de facilitar la labor a jueces y demás operadores jurídicos, se recogen de forma sistematizada los principios del *common law*. A pesar del carácter no vinculante de los *Restatements*, su contenido no puede pasarse por alto dado el gran prestigio de los juristas que componen *The American Law Institute*.

La separación del estudio del derecho estadounidense en un capítulo independiente tampoco debe llevar a equívocos. No se trata de aislar las conclusiones que alcancemos en relación con el derecho estadounidense del resto de conclusiones de nuestro trabajo. Es más bien al contrario. Hemos considerado que, para alcanzar alguna

¹⁵⁴ Una breve aunque excelente evolución de la doctrina y jurisprudencia inglesa puede ser encontrada en SCHLEGEL, H. J.: “Of Nuts, and Ships, and Sealing Wax, Suez, and Frustration Things-The Doctrine of impossibility of Performance”. *Rutger Law Review*: vol. 23, 1968-1969, pp. 419 a 448.

conclusión válida para nuestro ordenamiento, es necesario realizar un estudio independiente del derecho estadounidense. Como se verá, los principios, reglas y *modus operandi* de este derecho nada tienen que ver con los de nuestro sistema. Ello nos obligará, obviamente, a utilizar una metodología de estudio en la que la comparación, si es posible, solo tenga lugar en sede de conclusiones. En contrapartida, a medida que avancemos en dicho estudio, iremos aportando ideas y críticas que, por supuesto —es necesario apuntarlo desde ya— no se dirigen en exclusiva hacia el derecho estadounidense sino que se relacionan, y así deben ser entendidas, con el derecho español o, en general, con la caracterización abstracta del objeto de nuestro estudio: la alteración sobrevenida de las circunstancias y su incidencia en el contrato.

4.1 Introducción y delimitación conceptual: fundamentos, tipologías y posibles soluciones al problema de la alteración sobrevenida

El estudio de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias permite alcanzar dos conclusiones generales o abstractas sobre el estado actual de la cuestión. A saber, en primer lugar, que la alteración sobrevenida de las circunstancias y su relación con el régimen del cumplimiento contractual es de suma importancia y, en segundo lugar, que no está claro el ámbito de aplicación ni las consecuencias derivadas de la aplicación de las doctrinas que tratan de resolver la problemática¹⁵⁵.

De hecho, ahondando en esta segunda conclusión, se admite expresamente por la mayoría de la doctrina estadounidense que muchas son las teorías que fundamentan y

¹⁵⁵ La doctrina no es unitaria sino que se divide en tres (*impossibility*, *impracticability* y *frustration*) o en más figuras (si se incluye el error como vicio del consentimiento). Aun así, a pesar de esta distinción, en este trabajo, como se verá, intentamos buscar el nexo común a esas doctrinas. Ese nexo común se sitúa en la alteración sobrevenida de las circunstancias. Esta misma metodología es la usada por FULLER, L.L. y EISENBERG, M. A.: *Basic Contract Law*. 8ª Ed. St. Paul (Minnesota): Thomson/West, 2006, p. 765.

La diferencia entre estas doctrinas, todas ellas englobadas en la más amplia categoría de la alteración sobrevenida (*supervening events*) es ejemplarmente explicitada por SHEPHERD, H. y SHER, B.D. (*Law in Society: An introduction to freedom of contract: Cases and materials*. Nueva York: The Foundation Press, 1960, pp. 450 y 451) y ROSETT, A. (*Contract law and its application*. 5ª Ed. Westbury: The Foundation Press, 1991, p. 647), quienes también tratan el error como un problema de distinta naturaleza a la de la alteración sobrevenida.

pretenden dar solución a la alteración sobrevenida de las circunstancias. Esa mescolanza de teorías no solo (ni principalmente) se debe a las distintas consecuencias que para el cumplimiento de las obligaciones pueda tener la concurrencia de una circunstancia no prevista inicialmente por las partes, sino también a la falta de una coherencia o sistemática interna que permita deslindar qué teoría explica cada uno de los fenómenos posibles por más que estos pueden agruparse en una única figura con múltiples matices¹⁵⁶. Se afirma, de hecho, que no existe en el derecho estadounidense (ni en general en los sistemas del *common law*) ningún principio que aúne o explique todas las teorías existentes sobre el incumplimiento justificado del contrato¹⁵⁷.

Quizás sea la pragmatidad del derecho estadounidense (y en general de todo el sistema del *common law*) la característica que mejor explica que haya sido el problema a resolver el que haya originado las diversas teorías existentes en relación con la alteración sobrevenida de las circunstancias y no al contrario. No existe, de hecho, ningún inconveniente por parte de la doctrina en admitir sin tapujos que lo importante no es tanto escoger una u otra teoría para resolver el problema como el hecho de resolverlo de forma adecuada. Así, nótese que, en el ámbito de la alteración sobrevenida de las circunstancias se engloban tanto doctrinas directamente relacionadas o configuradas para la resolución del concreto problema del cambio de circunstancias (*impracticability* y *frustration*) como otras que tradicionalmente se han utilizado para resolver otro tipo de incidencias en la

¹⁵⁶ La falta de sistematicidad en el sistema estadounidense puede observarse en las siguientes obras, en las que se asume que todas las teorías relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias parten de un mismo origen y tienen un mismo fin: FESSLER, D.W. y LOISEAUX, P.: *Contracts. Morality, economics and the marketplace. Cases and materials*. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1982, pp. 402 a 542; EISENBERG, M.A.: “Impossibility, impracticability, and frustration—Professor Goldberg constructs an imaginary article, attributes to me, and then criticizes it”. *The Journal of Legal Analysis*: vol. 2, primavera-1983, pp. 383 y ss.; HILLMAN, R.: “An analysis of the cessation of contractual relations”. *Cornell Law Review*: vol. 68, junio-1983, pp. 617 a 659.; DAWSON, J. P.: “Judicial revision of frustrated contracts: The United States”. *Boston University Law Review*: vol. 64, enero-1984, 25 pp. ; MACKAAY, E. y FABIEN, C.: “Civil Law and the fight against inflation—A legal and economic analysis of the Quebec case”. *Louisiana Law Review*: vol. 44, enero-1984, 26 pp.; HALPERN, S.W.: “Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for “the wisdom of Solomon”. *University of Pennsylvania Law Review*: vol. 135, junio- 1987, pp. 1123 a 1178.; WUORINEN, S. E.: “Case comment: Northern Indiana Public Service Company v. Carbon County Co al Company: risk assumption in claims of impossibility, impracticability, and frustration of purpose”. *Ohio State Law Journal*: vol. 50, invierno-1989, 17 pp.; KULL, A.: “Mistake, frustration, and the windfall principle of contract law”. *Hasting Law Journal*: vol. 43, noviembre-1991, 37 pp.; ELOFSON, J.: “The dilemma of changed circumstances in contract law: An economic analysis of the foreseeability and superior risk bearer test”. *Columbia journal of law and social problems*: vol. 30, otoño-1996, 24 pp. y KIM, N.: “Mistakes, changed circumstances and intent”. *Kansas Law Review*: vol. 56, abril-2008, pp. 473 a 516.

¹⁵⁷ En este sentido, KIM, N.: *Ibidem*.

génesis o ejecución del contrato (error —unilateral o bilateral—, *duress*, *unconscionability*, *incapacity*, *fraud*, *basic assumption defenses*, etc)¹⁵⁸. Del mismo modo, ciertos autores engloban las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias que excusan el cumplimiento en un concepto más amplio como es el de la *contractual frustration*.

A simple vista se observa que la principal diferencia entre aquellas doctrinas específicamente relacionadas con el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias (*impracticability* y *frustration*) y aquellas otras no necesariamente relacionadas con dicha problemática (*duress*, *unconscionability*, *incapacity*, *fraud*, *basic assumption defenses*, etc), pero sí traídas a colación cuando se trata sobre ella, es que las primeras se centran en el resultado (la dificultad —*impracticability*— o falta de sentido del cumplimiento —*frustration*—) y las otras en lo que justifica o legitima que ese resultado provoque alguna consecuencia liberatoria o modificativa de las obligaciones contractuales. Esa legitimación se encuentra en la formación del contrato y, en concreto, en si las partes eran plenamente conscientes en ese momento del alcance de las obligaciones que asumían. Piénsese, en efecto, que todas las doctrinas que hemos mencionado y que, como decíamos, se traen a colación aunque sea colateralmente al tratar sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias se relacionan directamente con el consentimiento contractual y su válida formación (*duress*, *unconscionability*, *incapacity*, *fraud*, *basic assumption defenses*, etc).

Y no es que se apliquen al mismo tiempo varias doctrinas o instituciones¹⁵⁹. Lo que pone de manifiesto el hecho de que la doctrina y jurisprudencia estadounidenses traten sobre doctrinas como *duress*, *unconscionability* y *fraud* (todas ellas relacionadas

¹⁵⁸ Sobre la mescolanza de teorías en el derecho anglosajón y su razón de ser, v. GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de...*, pp. 63 a 86.

¹⁵⁹ No faltan voces que afirman que la alteración sobrevenida de las circunstancias es siempre un problema de error del consentimiento. Así, KULL, A: “Mistake, frustration and...”, 37 pp.

Por su parte, FARNSWORTH, E.A. (*Farnsworth on Contracts*. 2ª Ed. Nueva York: Aspen Law & Business, 1998, p. 560) si bien separa las doctrinas relacionadas con el error y las relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias, al mismo tiempo considera que, por su similitudes, deben ser tratadas conjuntamente. STONE, R. (*The Modern Law of Contract*. Nueva York: Routledge-Cavendish, 7ª Ed., 2008, pp. 508 y 509) y SMITH, S.A. (*Contract Theory*. Nueva York: Oxford, 2004, p. 305) también consideran que los problemas de la *frustration* (en sentido amplio) deben ser estudiados conjuntamente al error y al incumplimiento contractual.

con la formación del consentimiento contractual) al lidiar con la *impracticability* o la *frustration* es que, en principio, para la aplicación de estas dos figuras resulta esencial investigar la asunción explícita o implícita del riesgo contractual¹⁶⁰.

La combinación de elementos de distintas doctrinas a la hora de abordar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias puede apreciarse en la regulación que de este fenómeno se contiene tanto en el UCC como en el *Restatement (Second) of Contracts*. Así, se observa en estas regulaciones que la aplicación de las doctrinas de la *impracticability* o de la *frustration* parte de la existencia de un error sobre una circunstancia básica (“*basic assumption*”) que debía permanecer inalterada durante todo el desarrollo del programa contractual¹⁶¹.

¹⁶⁰ Por ejemplo, al exponer los requisitos comunes a las doctrinas de la *impossibility*, la *impracticability* y la *frustration* EISENBERG, M.A. (“Impossibility, Impracticability, and...”, pp. 383 y ss) cree que debe aplicarse un test, “*The share assumption test*”, consistente en atender a si ha habido una asunción tácita incorrecta que permitiera al tribunal liberar a una de las partes del cumplimiento: “(...) judicial relief from a contract normally should be granted if (1) the contracting parties shared a tacit assumption that the occurrence or nonoccurrence of some circumstance during the life of the contract was certain rather than problematic; (2) the assumption was incorrect; and (3) the incorrectness of the assumption would have provided a basis for judicial relief if the assumption had been explicit rather than tacit”.

Algunas voces apuntan sin embargo a que el elemento fundamental no es tanto lo que las partes presumieron o no, sino la justicia y el equilibrio contractual. Así se desprende por ejemplo del caso, muy citado en la doctrina, de *Aluminum Company of America v. Essex Group, Inc.*, conocido como “*ALCOA*”. En ese supuesto de hecho (analizado más adelante en este trabajo) se modificó la obligación de una de las partes ante la excesiva onerosidad del cumplimiento y todo ello a pesar de que podía entenderse que esa parte había asumido tal riesgo.

¹⁶¹ Esta interrelación (y confusión) entre las doctrinas del error y de la alteración sobrevenida de las circunstancias se hace evidente en el art. 266 del *Restatement (Second) of Contracts*, en el que se regula la *impracticability* y la *frustration* ante la existencia de causas que ya estaban presentes en el momento de contratar pero que las partes no conocían (ni debían conocer). El resto de requisitos exigidos por dicho artículo son prácticamente idénticos a los exigidos para la aplicación de la *impracticability* y la *frustration* derivada de la alteración sobrevenida de circunstancias. El tenor literal del artículo es el siguiente: “(1) Where, at the time a contract is made, a party's performance under it is impracticable without his fault because of a fact of which he has no reason to know and the non-existence of which is a basic assumption on which the contract is made, no duty to render that performance arises, unless the language or circumstances indicate the contrary.

(2) Where, at the time a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by a fact of which he has no reason to know and the non-existence of which is a basic assumption on which the contract is made, no duty of that party to render performance arises, unless the language or circumstances indicate the contrary”.

En este trabajo solo se trata sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias y no sobre el desconocimiento de las circunstancias existentes, aunque desconocidas, en el momento de contratar. Baste con destacar que de la regulación contenida en el art. 266 parece deducirse que si la causa de la *impracticability* o la *frustration* ya existía en el momento de contratar, no surge ningún tipo de obligación para el deudor (“no duty of that party to render performance arises”). Sin embargo, si esta causa es sobrevenida, como veremos, la excusa del cumplimiento de la obligación no es la única solución posible.

Así, el art. 2-615 del UCC¹⁶² dispone lo siguiente:

“Excuse by Failure of Presupposed Conditions.

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer”.

Por su parte, en los arts. 261 —*impracticability*— y 265 —*frustration*— del *Restatement (Second) of Contracts*, se establece lo siguiente:

Para CONWAY, P.R. (*Outline of the Law of Contracts*. Nueva York: Harmon Publications, 1939, p. 453) la doctrina de la imposibilidad sobrevenida (en la que engloba también la *impracticability*) supone en realidad el reconocimiento de un tipo especial de error a futuro.

MURRAY, JR. J. E (*Murray on Contracts*. 3ª Ed. Charlottesville (Virginia): The Michie Company, , 1990, pp. 645, 646 y 659) y PERILLO, J.M. (*Calamari and Perillo on contracts*. St. Paul (Minnesota): Thomson/West, 5ª Ed., 2003, p. 546) también consideran que la *impracticability* puede ser actual, esto es, ya presente en el momento de contratar. Con ello reconocen también, de algún modo, un error causante sobre la dificultad de la prestación. En el derecho inglés, SMITH, S.A. (*Atiyah's Introduction to the Law of Contract*. 6ª Ed. Nueva York: Oxford University Press, 2005, pp. 182 y 183) apuesta por el tratamiento conjunto del error y las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias.

¹⁶² El subrayado en este artículo y en los siguientes es nuestro.

“261. Discharge by Supervening impracticability

Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

265. Discharge by Supervening Frustration

Where, after a contract is made, a party's principle purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary”.

Como decíamos y se acaba de comprobar, tanto en la regulación contenida en el UCC como en el *Restatement (Second) of Contracts* se hace palpable la necesidad de que las partes sufran un error como paso previo o requisito para la aplicación de las doctrinas de la *impracticability* y la *frustration*¹⁶³. Ese error consiste en la creencia básica (en ambos

¹⁶³ Como se afirma en uno de los casos ingleses que se citan como pioneros en la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias, *Baily v. De Crespigny* (L.R. 4 Q.B. 1869), salvo que el lenguaje del contrato indique claramente lo contrario, debe presumirse que las partes asumieron que el cumplimiento no devendría ilegal de manera sobrevenida. Como pone de manifiesto SPEIDEL, R.E. (*Contracts in Crises: Excuse Doctrine and Restrospective Government Acts*. Durham (Carolina del Norte): Carolina Academic Press, 2007, p. 42) tanto en el derecho inglés como en el estadounidense la regla tradicional ante el cambio legislativo que hace ilegal el cumplimiento ha sido la excusa para ambas partes.

Cuando el supuesto concreto a resolver se relacionaba con la ilegalidad sobrevenida del cumplimiento se ha obviado, por lo general y desde siempre, la necesidad de que se probara la imprevisibilidad del riesgo acontecido (V. WINFIELD, P.H: *Pollock's Principles of Contract*. 13ª Ed. Londres: Steven & Sons, 1950, pp. 232 y 233).

Tampoco se exigía esta prueba en aquellos supuestos de enfermedad o muerte del deudor cuando la obligación era personalísima o cuando el objeto esencial para el cumplimiento se destruía sin culpa de las partes (V. WOODWARD, F. C.: “Impossibility of performance as an excuse for breach of contract”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 961 y 962.). Estos son los supuestos que se afirma en la doctrina como excepciones típicas a la regla de la responsabilidad estricta del *common law*. Parte de la doctrina ya consideraba a principios del siglo XX (V. PAGE, W. H.: “The development of the doctrine of impossibility of performance”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 980 y 988) que basar estos supuestos en la intención de las partes era una ficción.

cuerpos normativos se utiliza el término *basic assumption*) de que un determinado acontecimiento, que finalmente sí acontece, no ocurriría. La diferencia principal con la doctrina clásica del error estriba, como es obvio, en el tiempo en el que el error se produce¹⁶⁴.

Nótese, sin embargo, que en el art. 2-615 UCC parece no exigirse la existencia de una *basic assumption* si la causa de la *impracticability* reside en un cambio legislativo que hace el cumplimiento imposible o “impracticable”. Ello puede deberse bien a que en ese caso el legislador no ha precisado de la existencia de una *basic assumption* o bien a todo lo contrario, esto es, a que el legislador presume que las partes contrataron asumiendo que el cumplimiento no devendría ilegal sobrevenidamente. Del mismo modo ocurre en el art. 264 del *Restatement (Second) of Contracts*, en el que se establece que si la obligación se torna “impracticable” por el deber de cumplir con alguna norma interna

Tampoco resulta relevante que las partes hayan previsto que el contrato pudiera contravenir el interés u orden público o que incluso se hayan obligado a pesar de esa posible contravención. TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 354 y 355) pone como ejemplo el comercio con enemigos de guerra durante la Segunda Guerra Mundial. La regla, de hecho, parece que se basa en la distinción entre lo ilegal, que no necesariamente es contrario al orden o interés público, y lo ilegal que, además, es contrario al orden público. Para TREITEL, G.H. (*Ibidem*, pp. 508 y 509) la regla debe ser la siguiente: de un lado, prohibir la exigibilidad de la obligación frustrada sobrevenidamente si el cumplimiento es contrario al orden público y, de otro lado, no exigir la obligación que ha devenido ilegal sobrevenidamente a no ser que las partes se hubieran obligado expresamente (la previsión o no del suceso es en este caso indiferente). Así lo expone el autor, quizás de forma más directa si cabe, en su otra obra TREITEL, G.H.: *An Outline of the Law of Contract*. 5ª Ed. Londres: Butterworths, 1995, p. 341.

Lo cierto, sin embargo, es que en algunos supuestos en los que la ilegalidad sobrevenida era muy previsible, los tribunales no han excusado el cumplimiento. Así, en el caso de *Houston Ice & Brewing Co. v. Keenan* (88 S.W. 197 -Tex- 1905-), el arrendatario de un bar no se vio excusado del cumplimiento de su obligación ante la prohibición de vender alcohol en el local arrendado a pesar de que en el contrato se había establecido que ese era el propósito del arrendamiento. La decisión del tribunal se basó en el hecho de que en el momento de perfeccionar el contrato la norma que prohibía la venta de alcohol ya había sido promulgada aunque no había entrado en vigor. Nótese que esta última excepción, cuando la ilegalidad sobrevenida es muy previsible, podría no excusar el cumplimiento bajo la aplicación del art. 2-615 UCC si se interpreta que esa previsibilidad supone que el deudor ha asumido una obligación mayor a la exigida por el artículo en cuestión.

¹⁶⁴ Según la doctrina clásica del error, este debe producirse al tiempo en que se perfecciona el contrato —por más que se descubra a posteriori—, mientras que en la regulación que de la *impracticability* y la *frustration* se contiene en los textos que acabamos de transcribir el error necesariamente debe producirse una vez se ha perfeccionado el contrato. Así se deriva del tenor literal del *Restatement*, “*after a contract is made*”, y también, aunque implícitamente, del UCC, en que se habla de “*occurrence*” (aparición).

Así lo expone, en relación con el derecho inglés, CARTER, J.: “Termination by Frustration”, en AA.VV.: *The Law of Contracts*. 2ª Ed. Editada por Michael Furmston. Londres: Lexis Nexis UK, 2003, p. 1377.

o internacional, el mantenimiento de la regulación se entenderá como una *basic assumption* de las partes.

Así, parece que si la *basic assumption* (creencia básica) ya era errónea al tiempo de perfección del contrato, entonces nos encontraremos ante un error en su sentido más clásico (unilateral o bilateral en función de si esa creencia era compartida o no), mientras que si el error consiste en haber asumido que no ocurriría un determinado suceso que, sin embargo, posteriormente a la perfección del contrato, sí acontece, entonces nos encontraremos ante la figura de la *impracticability* o la *frustration* en función de las consecuencias que ese error tenga en las obligaciones de las partes¹⁶⁵.

Y a partir de este punto se pueden alcanzar dos conclusiones directamente relacionadas. En primer lugar, las doctrinas del error y las relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias están directamente conectadas¹⁶⁶, y la segunda conclusión, inevitable, es que a pesar de que las doctrinas de la *impracticability* y la *frustration* tratan de solucionar un problema de desequilibrio contractual o de pérdida de sentido del contrato, parece que solo lo hacen en la medida en que las partes no hayan aceptado o asumido el riesgo de que cualquier circunstancia pudiera provocar tal resultado¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Debe señalarse, sin embargo, que algún autor (V. por ejemplo a FARNSWORTH, E.A. (*Farnsworth on Contracts...*, p. 634) defiende que la *impracticability* o la *frustration* también puede ser existente al tiempo de contratar y no solo sobrevenida. En ese caso, el deudor podría alegar bien el error o bien la *impracticability* o la *frustration*. Para que el tribunal aprecie el error deberá probarse que el error recaía sobre una circunstancia existente en el momento de contratar y no sobre la predicción del futuro. Además, el error debe haber tenido incidencia en la valoración y consentimiento de las partes en el intercambio de las prestaciones, mientras que para que triunfe la *impracticability* o la *frustration* deben probarse todos y cada uno de los requisitos exigidos (y que a continuación desarrollaremos) y, en particular, la propia “impracticabilidad” o frustración.

¹⁶⁶ En este sentido, DAWSON, J. P. (“Judicial revision of...”, pp. 2 y 3 de 26 pp.) afirma que los redactores del UCC y del *Restatement (Second) of Contracts* han querido reconocer, acertadamente a su juicio, la relevancia de todas las tipologías de error, tanto del originario como del sobrevenido: “The method of analysis that they imply is extended further by the Restatement to include both “impracticability” and frustration of purpose that already existed at the time the contract was made, though not then known to the party prejudiced by it. Such situations form part of a larger group that have usually been classified under the heading of mistake, but the Restaters concluded quite rightly that the date of origin of the inability to perform or of the circumstance that defeats a main purpose should not produce any important difference”.

¹⁶⁷ En este sentido, reconocen MACAULY, S, KIDWELL, J., WHITFORD, W y GALANTER, M. (*Contracts: law in action*. Charlottesville (Virginia): The Michie Company, 1995, p. 1076) que muchos autores ven en el error, la imposibilidad y la *frustration* manifestaciones del mismo problema. En el mismo sentido también, FULLER, L.L. y EISENBERG, M. A.: *Basic Contract Law...*, p. 765 y CHIN-WISHART, M.: *Contract Law*. 2ª Ed. Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp. 283 a 286.

En cuanto a las consecuencias de la aplicación de las doctrinas de la *impracticability* o la *frustration*, en los arts. 272 y 377 del *Restatement (Second) of Contracts* se establece, de forma genérica, que las partes tendrán derecho a que se les deje indemne (“*a claim for relief*”) de los efectos de la *impracticability* o la *frustration*, incluyendo en este derecho a la indemnidad la restitución de las prestaciones ya ejecutadas. Se pretende, en definitiva, que los efectos de la *impracticability* y la *frustration* sean neutros en la medida de lo posible. Veamos cuál es el tenor literal de dichos artículos:

“272. Relief Including Restitution

(1) In any case governed by the rules stated in this Chapter, either party may have a claim for relief including restitution under the rules stated in §§ 240 and 377.

(2) In any case governed by the rules stated in this Chapter, if those rules together with the rules stated in Chapter 16 will not avoid injustice, the court may grant relief on such terms as justice requires including protection of the parties' reliance interests.

[...]

377. Restitution in Cases of Impracticability, Frustration, Non- Occurrence of Condition or Disclaimer by Beneficiary

A party whose duty of performance does not arise or is discharged as a result of impracticability of performance, frustration of purpose, non-occurrence of a condition or disclaimer by a beneficiary is entitled to restitution for any benefit that he has conferred on the other party by way of part performance or reliance”.

También resultan muy apropiadas a este respecto las palabras de HILLMAN, R.A. (“Contract modification under the Restatement (Second) of Contracts”. *Cornell Law Review*: abril, 1982, pp. 680 a 703): “Although contracting parties should be free to alter their agreements voluntarily, they also must be able to plan for the future in reliance on their contracts if they choose not to change them. The contracting process should enable parties to make and rely on commitments based on their predictions of the future”.

De la regulación que en el *Restatement (Second) of Contracts* se contiene sobre los efectos de las doctrinas que excusan el cumplimiento ante el cambio sobrevenido de circunstancias se deduce que la idea motriz es la neutralidad. La *impracticability* y la *frustration* excusan el cumplimiento pero no pueden causar ningún tipo de perjuicio (adicional) a la parte frente a quien se ejercita ni, en contrapartida, ningún beneficio a quien la alega. Lo que se pretende, o al menos así parece deducirse con claridad del apartado segundo del art. 272 (“*In any case governed by the rules stated in this Chapter, if those rules together with the rules stated in Chapter 16 will not avoid injustice, the court may grant relief on such terms as justice requires including protection of the parties' reliance interests*”), es que un remedio a una situación “injusta” no provoque en su aplicación otra situación “injusta”. Sin embargo, como veremos, esta evitación de injusticia por la que, según el *Restatement*, deben velar los tribunales se ha traducido en la posibilidad de que estos tomen cualquier tipo de medidas aunque ello entre en contradicción con la idea de neutralidad que preside la regulación del *Restatement*. En concreto, nos referimos a la facultad de los tribunales para adaptar los términos del contrato aun contra la voluntad de las partes.

Una lectura atenta del art. 272 del *Restatement* parece indicarnos que lo que se pretende es que la excusa del cumplimiento no imputable al deudor no coloque al acreedor en una situación de desventaja con respecto a aquel. Así se deduce sin duda del hecho de que los términos del citado artículo hagan referencia a las expectativas (*reliance interest*) que el acreedor tuviera en el cumplimiento y en su necesaria protección. Debe velarse porque la excusa del cumplimiento no perjudique al acreedor más allá del deber de soportar que el deudor no cumpla con su prestación¹⁶⁸. En la práctica, algunos tribunales han venido considerando que la mejor protección de las partes pasa por una readaptación del contrato¹⁶⁹. El problema de esta última solución, uno de ellos al menos, reside en que

¹⁶⁸ En palabras de HILLMAN, R.A. (“Contract excuse and bankruptcy”. *Stanford Law Review*: noviembre, 1990, p. 16 de 36): “Instead of adjusting the agreement, the court could excuse the supplier after requiring it to compensate the utility for reliance expenses. This model could be based on the judicial response to terminable-at-will franchise agreements, where courts grant damages to terminated franchisees based on their reliance expenditures”.

¹⁶⁹ La readaptación del contrato parte de una vertiente doctrinal que apuesta, en general (no solo en relación con la alteración sobrevenida de las circunstancias) por la construcción (“integración constructiva”) del contrato frente a su simple interpretación. V., sobre esta vertiente doctrinal, ATIYAH, P.S.: “Judicial Techniques and the Law of Contract”, en AA.VV.: *Essays on Contract*. Nueva York: Oxford University Press, 1990, pp. 244 a 274.

la consecuencia más primaria de la aplicación de las doctrinas sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias, esto es, la excusa al cumplimiento, se pone en entredicho.

La falta de consenso y claridad en el derecho estadounidense¹⁷⁰, por lo tanto, no se limita a la determinación de cuáles son las teorías o doctrinas (y sus límites) que deben dominar o regular el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias. El disenso, la confusión y la polémica se acentúan a la hora de buscar soluciones. La gran mayoría de los autores apuestan, en cualquier caso, por anudar alguna consecuencia a la alteración sobrevenida de las circunstancias¹⁷¹. En lo que ya no hay consenso es en determinar cuáles deben ser esas concretas consecuencias.

Por un lado, parte de la doctrina apuesta por el reconocimiento de la *frustration* o de la *impracticability*, pero niegan cualquier autoridad judicial para ajustar el contrato o modular las obligaciones de las partes e incluso, algunos, a que se restituyan las prestaciones ya ejecutadas. Esta última postura, que analizaremos más adelante, deriva del denominado *windfall principle* que consiste en palabras llanas en “dejar las cosas tal

¹⁷⁰ Como exponen WHITE, J.J. y SUMMERS, R. S. (*Uniform Commercial Code*. 5ª Ed. St. Paul (Minnesota): West Group, 2000, p. 143) y WRIGHT, A. J. (“Rendered Impracticable: Behavioral Economics and the Impracticability Doctrine”. *Cardozo Law Review*: vol. 26, abril-2005, pp. 2183 a 2283.) a pesar del esfuerzo de la mejor doctrina en el estudio de la materia relacionada con la alteración sobrevenida de las circunstancias, aún no se ha alcanzado un resultado completamente satisfactorio. Nótese que a pesar de que los primeros casos en el derecho anglosajón datan del siglo XIX, todavía en el año 1970 los autores ROBB, G.G.G. y BROOKES, J.P. (*An outline of the Law of Contract and Tort*. 4ª Ed. Londres: The Estates Gazette: 1970, p. 94) seguían afirmando que las doctrinas sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias (*frustration* en sentido amplio) aún estaban en proceso de desarrollo.

¹⁷¹ Por su parte, como ponen de manifiesto MURPHY, E. J. y SPEIDEL R. E. (*Studies in Contract Law*. 4ª Ed. Westbury (Nueva York): Foundation Press, 1991, pp. 925 y 926), a pesar de que la jurisprudencia estadounidense parece reconocer todas estas teorías, a la hora de la verdad son pocas las decisiones que excusan el cumplimiento: “[...] there is considerable judicial talk about granting relief but precious little evidence that relief has been granted”.

Al respecto, exponen SCHWARTZ, A. y SCOTT, R.E. (*Commercial Transactions: Principles and Policies*. Mineola (Nueva York): The Foundation Press, 1982, p. 415) que si bien no cabe duda de que las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias merecen ser reconocidas, su aplicación indiscriminada podría provocar que los contratos se tornasen inestables.

Para McKENDRICK, E.G. (“Discharge by Frustration”, en AA. VV.: *Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles*. 29ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 1312), en el derecho inglés existen dos motivos básicos por los que los tribunales suelen rechazar la alegación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias: 1) el intento de las partes de escapar de un contrato mal negociado o que les perjudica y 2) las numerosas cláusulas que suelen encontrarse en los contratos regulando supuestos de fuerza mayor.

y como están”¹⁷². En aplicación de este principio, si se determina que se dan los requisitos para aplicar las doctrinas de la *impracticability* o la *frustration*, entonces debe atenderse a si el contrato se ha ejecutado o no en el momento de su aplicación. Si no se ha ejecutado, debe darse por finalizado, excusándose el cumplimiento. Si ya se ejecutado, también debe mantenerse el *status quo*, no habiendo lugar a la restitución de prestaciones. En caso de ejecución parcial, la regla es exactamente la misma: las prestaciones ya cumplidas, aunque se haya frustrado —en sentido amplio— el contrato, bien cumplidas están (en el momento en que se cumplieron no existía causa alguna que excusara el cumplimiento) y aquellas no cumplidas no deben cumplirse: el deudor asumió el riesgo de que el contrato se frustrara con posterioridad a la ejecución parcial y el acreedor, por su parte, asumió el riesgo de que el contrato se frustrara con anterioridad a la ejecución de las prestaciones aún pendientes de cumplimiento¹⁷³.

En el otro extremo, aunque también reconociendo la importancia y necesaria incidencia en el régimen obligacional de la alteración sobrevenida de las circunstancias, se sitúan aquellos que apuestan por ajustar las obligaciones de las partes en los supuestos en que se den los requisitos para la aplicación de las doctrinas de la *impracticability* o la *frustration*.

Como se observa, la disparidad de opiniones en torno a cuáles son o deberían ser los requisitos de aplicación y fundamentos de estas doctrinas, así como en lo relativo a cuándo y de qué manera deben ajustarse las prestaciones (si es que deben ajustarse) en

¹⁷² En contra de anudar consecuencia alguna a la alteración sobrevenida de las circunstancias, se pronuncia WHITE, M.J.: “Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: a Unified Theory”. *The Journal of Legal Studies*: vol. 17, nº 2, junio-1988, pp. 353 a 376. Para este autor, cualquier incumplimiento, sea cual sea la causa, debería generar un deber de indemnización de daños y perjuicios. En el mismo sentido, ROBERTS, T.: “Commercial Impossibility and Frustration of Purpose: A Critical Analysis”. *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*: vol. 16, enero-2003, pp. 129 y ss.

¹⁷³ En este sentido establece KULL (“Mistake, frustration and...”, p. 20 de 37) que siguiendo el *windfall principle* se incentiva a las partes a tener en cuenta en su negociación los riesgos ante la frustración del contrato, mientras que si se permite que sean los tribunales los que determinen cómo distribuir los riesgos atendiendo a otros criterios que no sean el referido principio, se hace imposible e inútil que las partes intenten una negociación *ex-ante* en relación con la distribución de riesgos: “Substantial case law supporting the old proposition that “the loss lies where it falls” reminds us that losses from “contractual accidents” may be effectively allocated by means other than judicial intervention. A legal rule foreclosing intervention not only permits, it actually obliges the parties to allocate the incidence of loss from frustration as a function of their ex-ante negotiation. Conversely, the mere possibility of ex-post judicial intervention to reform or supplement their private agreement makes it impossible for them to do so”.

Llega a afirmar el citado autor (*Ibidem*, p. 18) que incluso en supuestos de error originario bilateral debe seguirse el *windfall principle*, de tal modo que solo pueden excusarse las prestaciones no ejecutadas.

caso de que se apliquen es enorme. Más adelante en este trabajo nos ocuparemos más detalladamente de las posturas más relevantes. Antes es preciso que investiguemos a qué se debe esta disparidad de opiniones y criterios jurisprudenciales que dominan el derecho estadounidense actual.

4.2 Origen y fundamento de la imposibilidad de la prestación más allá del propio derecho estadounidense

El punto de partida de todas las doctrinas y teorías relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias se encuentra en la figura de la imposibilidad de la prestación. La mayoría de sistemas legales de nuestro entorno reconocen que la imposibilidad de la prestación (en sentido objetivo y definitivo) supone la liberación del deudor¹⁷⁴. Lo que no está claro, y quizás de ahí deriva la confusión que reina en torno a las más modernas doctrinas sobre la inexigibilidad de la prestación, es cuál es el fundamento de esa exoneración.

Nótese que si nos remontamos al derecho romano, en el Digesto no se establece sin más que el deudor no responde en casos de imposibilidad sobrevenida. Además, para la exención de responsabilidad, se exige que la ejecución de la prestación no estuviera bajo el control del deudor o que un factor externo afecte al cumplimiento de esa prestación¹⁷⁵. En definitiva, no bastaba en el derecho romano con la mera ausencia de culpa del deudor para que este se liberara de su deber de cumplir con su obligación si esta

¹⁷⁴ Así lo expone excelentemente GORDLEY, J.: “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”. *The American Journal of Comparative Law*: verano-2004, pp. 513 a 530.

En contra, esto es, afirmando que en Derecho romano la imposibilidad extingue la obligación del deudor, McELROY, R.G.: *Impossibility of performance: A treatise on the law of supervening impossibility of performance of contract, failure of consideration, and frustration*. Editado por Glanville L. Williams. Londres: Cambridge University Press, 1943, p. 3.

¹⁷⁵ Son los propios autores estadounidenses los que acuden al Digesto y al derecho romano para buscar el fundamento, o cuanto menos una explicación, de las más modernas doctrinas relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias (Cfr. GORDLEY, J.: “Impossibility and Changed...”, pp. 513 a 530).

En contra, esto es, afirmando que el derecho romano sí excusaba al deudor ante la imposibilidad de la prestación, v. GOTTSCHALK, R.: *Impossibility of performance in contract*. Londres: Steven & Sons, 1945, pp. 1 y 2.

devenía objetivamente imposible. La prestación seguía vigente aun cuando deviniera imposible y el deudor hubiera sido diligente o incluso cuando de ninguna manera hubiera participado en que la prestación deviniera imposible. Solo un factor externo y fuera del control del deudor que hiciera imposible la prestación lo liberaba del cumplimiento¹⁷⁶.

Admitiendo la anterior conclusión, no puede aceptarse sin más que la exoneración del deudor basada en la imposibilidad de la prestación encuentre su fundamento (desde el derecho romano) en que nadie puede cumplir con una prestación que es imposible. La anterior conclusión quizás sea válida para aquellos supuestos de imposibilidad originaria o existente al tiempo de perfeccionar el contrato, pero no en aquellos supuestos de imposibilidad sobrevenida. Y no es ese el fundamento por la sencilla razón de que no puede confundirse el compromiso prestacional con el cumplimiento *in natura* de la obligación. Como es obvio, el deudor se obliga a cumplir su obligación e implícitamente a no hacerla imposible (so pena de incurrir en responsabilidad). Pero no solo a ello se obliga el deudor. Adviértase, en efecto, que no basta la ausencia de culpa (o la diligencia) unida a la imposibilidad objetiva de la prestación para que el deudor se libere de su obligación. El deudor también se obliga a cumplir con su prestación a toda costa o en cualquier circunstancia con la excepción de que algún factor externo a su voluntad haga ese cumplimiento imposible.

Sin embargo, los canonistas medievales aunaron la idea de culpa a la doctrina de la imposibilidad y concluyeron que nadie estaba obligado a cumplir con una prestación que, sin su culpa, deviniera imposible¹⁷⁷. Así entendida, parece que una doctrina, la de la

¹⁷⁶ Cfr. ZIMMERMANN, R.: *The law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Juta, 1990, pp. 192-197.

Expone BUCKLAND, W.W. ("Casus and frustration in Roman and Common Law". *Harvard Law Review*: vol. 46, junio-1933 p. 1281) que en el derecho romano no existió como tal la figura de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Lo que existía era el "casus". Este autor también expone que la independencia de las obligaciones de deudor y acreedor provocaban que el "casus" que afectaba a una de las prestaciones no liberara a su acreedor de su prestación (al menos en el derecho romano clásico). Posteriormente, a través de las *condictio*, esta regla se fue suavizando. La claridad con la que el autor expresa esta idea merece que lo citemos textualmente: "[...] This is not the Roman rule, whereby *casus* merely releases; if it were, the price for hire would still be due. *Casus* in the Roman law was essentially unilateral in its effect. If both parties are relieved by *casus*, it is only where the *casus* makes both performances impossible. That the other party is also released in most *bonae fidei* contracts rests not upon release by *casus* but on the very different principle that, *ex fide bona*, a party ought not to be called upon to pay for a service he has not had".

¹⁷⁷ Expone GORDLEY, J. ("Impossibility and Changed...", pp. 513 a 530) que, en el siglo XIII, Tomás de Aquino utilizó la teoría aristotélica sobre la responsabilidad para explicar las conclusiones de los

imposibilidad de la prestación, que al menos en derecho romano era unitaria y se basaba en una imposibilidad de cumplir totalmente ajena al deudor (ajena por cuanto si era originaria, el contrato carecía de objeto y no llegaba a perfeccionarse y si sobrevinida, porque debía ser un factor externo, ajeno al deudor y no identificable meramente con la ausencia de culpa, el que había hecho imposible el cumplimiento) se convirtió a lo largo de los siglos en dos teorías o doctrinas distintas: (i) imposibilidad originaria y (ii) ausencia de culpa.

A partir de lo establecido por los canonistas medievales, la idea de imposibilidad de la prestación solo tiene autonomía cuando es originaria, esto es, en aquellos supuestos en que nunca fue posible el cumplimiento de la obligación (nadie puede obligarse a hacer algo imposible). En cambio, la imposibilidad sobrevinida se confunde con la noción de culpa: si no hay culpa del deudor en el hecho que ha causado la imposibilidad sobrevinida de la prestación, este queda exonerado, alejándonos así de la idea clásica romana sobre la imposibilidad sobrevinida de la prestación. Todo ello conlleva que la imposibilidad sobrevinida ya no se relacione durante el movimiento escolástico tardío con la idea de responsabilidad (objetiva) del deudor sino con la culpa (o ausencia de culpa) en el hecho que provoca la imposibilidad de cumplir.

Los escolásticos concluyeron, en efecto, que el incumplimiento, para que no fuera imputable ni generara responsabilidad, debía ser no culpable. En otras palabras, bastaba la demostración de un comportamiento diligente para que no naciera responsabilidad para el deudor. Y, en esto, la imposibilidad sobrevinida no era una excepción, sino parte de la regla. Si la prestación deviene imposible objetivamente sin culpa, el deudor queda exonerado de cualquier responsabilidad. Además, y dado que la prestación ya no puede ser cumplida *in natura*, nada más se debe (no hay objeto de la obligación y no puede haber equivalente que suponga la quiebra del principio de responsabilidad por culpa). Como expone la mejor doctrina romanista, existe una quiebra entre el sistema de

canonistas. Las elecciones son un acto de voluntad y solo puede elegirse (ese es el límite de la voluntad) aquello que es posible. Por ello, desde ese punto de vista, una promesa consistente en realizar un acto imposible no es obligatoria. A partir de esta conclusión, obviamente solo aplicable a la imposibilidad de tipo originaria, el movimiento escolástico tardío concluyó que nadie puede mantener una obligación que (sin su culpa) deviene imposible.

V. también, en clave histórica, la siguiente obra: GORDLEY, J.: "Impossibility and Unexpected Circumstances", en GORDLEY, J.: *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 336 a 351.

responsabilidad contractual romano y la “evolución” posterior¹⁷⁸. Bajo el derecho romano, el deudor era responsable y continuaba obligado, aun en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación, salvo que concurriera fuerza mayor, entendida esta como un factor externo o ajeno a la influencia del deudor. Esta idea, en cambio, resultaba contradictoria con el principio del derecho canónico y natural consistente en que no podía nacer responsabilidad sin culpa¹⁷⁹.

No es nuestra intención volver sobre el tema de la imposibilidad ni tampoco sobre su distinto régimen en función del tipo de obligación de que se trate (obligación de medios o de resultado), sino tan solo poner de manifiesto que quizás sea esa mezcla o confusión entre el régimen romano de la responsabilidad y el principio de la responsabilidad por culpa originado y plenamente desarrollado durante la Edad Media lo que ha llevado a que, a pesar de su aceptación generalizada por la mayoría de los sistemas legales modernos, la imposibilidad de la prestación no encuentre un fundamento satisfactorio y se mezcle con la ausencia de responsabilidad ante el incumplimiento, o que en ella se incluyan otras situaciones como la excesiva onerosidad o la imposibilidad económica¹⁸⁰. Nótese, en efecto, que admitir todos estos fenómenos supone flexibilizar la doctrina

¹⁷⁸ Cfr. ZIMMERMANN, R.: *The law of Obligations...*, pp. 693-697.

¹⁷⁹ Los sistemas de responsabilidad contractual del derecho romano clásico y de su “evolución” posterior son contradictorios y esa contradicción, aparente o real, ha pasado al Código Civil francés y, de este, al CC. Esa contradicción también, en efecto, pasa a nuestro derecho en el que, de un lado, se viene afirmando que nuestro sistema de responsabilidad es por culpa y en el que, de otro lado, parece derivarse que puede haber incumplimiento imputable aun sin culpa.

Así, en efecto, del tenor literal del art. 1101 CC podría derivarse que la culpa no es requisito para el nacimiento de la responsabilidad. Nótese que de este artículo parece que puede surgir responsabilidad en supuestos en los que no existe culpa: “[Q]uedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquella”.

Del mismo modo, el art. 1105 CC, interpretado a *sensu contrario*, parece indicar que todo deudor debe responder del cumplimiento de su obligación a no ser que acontezca un suceso imprevisible o inevitable. La idea que, a priori, parece desprenderse de estos artículos queda en entredicho si acudimos, en sede de exoneración por imposibilidad de la prestación (exoneración que, como es obvio, supone la irresponsabilidad ante los daños y perjuicios causados por el incumplimiento), a los arts. 1182 y 1183 CC. De estos artículos, de un lado, parece deducirse que existe imposibilidad exoneratoria siempre que la prestación devenga imposible sin culpa del deudor (el factor exonerador no es ya un elemento ajeno al control del deudor, sino la ausencia de culpa) —art. 1182 CC— y, de otro lado, se contrapone la idea de caso fortuito a la de culpa, de tal modo que siempre que no exista culpa hay caso fortuito y viceversa —art. 1183 CC—.

¹⁸⁰ Sobre este fenómeno en derecho alemán, inglés y estadounidense V. GORDLEY, J.: “Impossibility and Changed...”, pp. 513 a 530.

clásica de la imposibilidad por cuanto se admite que hay situaciones en que el deudor queda exonerado de su obligación aun cuando esta no es imposible. Pero, es más, admitiendo esas figuras, también es posible que el régimen de responsabilidad del deudor ante cualquier incumplimiento se asocie con la idea de culpa.

A nuestro juicio, sin embargo, la solución no pasa por hacer responsable al deudor de cualquier incumplimiento, pero tampoco por exonerarle de cualquier incumplimiento siempre que no haya culpa. La clave para entender verdaderamente el fundamento (y encontrar una solución) al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias se sitúa en encontrar un punto intermedio entre la irresponsabilidad ante la ausencia de culpa y el nacimiento de responsabilidad ante cualquier incumplimiento con independencia de cuál es la causa o circunstancias que lo han generado.

Y en esa búsqueda parece encontrarse la doctrina y jurisprudencia inglesa y estadounidense desde el siglo XIX, cuando empieza a cuestionarse que el contrato deba cumplirse ante cualquier circunstancia¹⁸¹. Como ocurre con más instituciones de las que se imaginan (y también en relación con la metodología para resolver los problemas jurídicos), el derecho del *common law* tradicional tiene en común con el Derecho romano la no exoneración automática del deudor aun cuando este no hubiera incurrido en la causación de la imposibilidad de la prestación. De hecho, el principio tradicional del *common law* en sede de responsabilidad contractual es el de cumplir a toda costa o ante cualquier circunstancia¹⁸². El ejemplo paradigmático de esta postura, esto es, de hacer

¹⁸¹ La norma general en el derecho anglosajón es que el deudor debe cumplir a toda costa. De hecho, las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias suelen relacionarse con los tribunales de equidad. Así lo expone LORD, R.A.: *Williston on Contracts*. Vol. 30. 4ª ed. Eagan (Minnesota): West, 2004, p. 28 y TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 1 y 2.

En el mismo sentido, PAGE, W. H. ("The development of ...", pp. 983 y 984) expone lo siguiente: "Equity had indicated a willingness to give relief in cases of impossibility in which the law court gave no remedy".

¹⁸² Como ponen de manifiesto LEAKE, S. M. (*Principles of the Law of Contracts*. 8ª Ed. Editado por R.R.A. Walker. Londres: Steven and Sons, 1931, p. 518); SALMOND, J y WILLIAM, J. (*Principles of the Law of Contracts*. Londres: Sweet & Maxwell, 1945, pp. 509 y 510); WINFIELD, P.H (*Pollock's Principles of ...*, p. 236); ROSETT, A. (*Contract law and its...*, pp. 646 y 647) y TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 2 y 3), en el derecho tradicional del *common law*, la responsabilidad contractual no se basa en la culpabilidad del deudor y, además, la obligación de pagar daños (ante la imposibilidad objetiva de la prestación *in natura*) nunca deviene imposible.

V. también MORAWETZ, V.: *Elements of the Law of Contracts*. New York: Columbia University Press, 1927, pp. 134 y 135; BIGG, W.W. y THOMPSON, J.H.: *Ranking, Spicer & Pegler's Mercantile Law incorporating Partnership Law and The Law of Arbitration & Awards*. 12ª Ed. Londres: Hfl

responsable al deudor de cualquier incumplimiento, sea cual sea su causa, lo encontramos en el caso de *Paradine v. Jane*¹⁸³.

En este caso se dilucidaba si un arrendatario debía pagar la renta fijada contractualmente a pesar de no poder acceder a (ni, por lo tanto, usar) la finca rústica

Publishers, 1966, p. 69; KEENAN, D.: *Smith and Keenan's Mercantile Law*. 6ª Ed. Londres: Pitman Publishing, 1985, pp. 81 y 82; APPLEBEY, G.: *Contract Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001, p. 388.

Así también, NEHF, J.P. (*Corbin on contracts: Vol. 14: Impossibility*. Newark (New Jersey)/San Francisco: Matthew Bender & Company, 2001, pp. 3 y 4): "Although a court would not grant specific performance of such a promise (actual performance being impossible), the breaching party would still be liable for damages".

Esta misma conclusión, pero específicamente en relación con el contrato de compraventa, es la alcanzada por SCHWARTZ, A.: "Sales and inflation". *Yale Law School: Faculty Scholarship Series*, paper 1115, enero-1976, p. 1 (disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1115).

De hecho, tradicionalmente, se ha considerado en el *common law* que el incumplimiento, imputable o no, debía tener aparejado la indemnización de daños y perjuicios, siendo esa la única consecuencia posible. En este sentido, lo expone el juez Holmes en su famosa obra HOLMES, JR. O.W. "The Path of the Law". *Harvard Law Review*: vol. 10, 1897, p. 457 y ss. Lo exponen, también ejemplarmente, TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 4 a 6 y O'GORMAN, D.P.: "Solomon and Strikes: Labor Activity, The Contract Doctrine of Impracticability of Performance, and Federal Labor Policy". *Hofstra Labor & Employment Law Journal*: vol. 28, otoño-2010, pp. 47 a 105.

¹⁸³ 82 Eng. Rep. 897 (K. B. 1647). Este caso fue decidido el 26 de marzo de 1647 por el tribunal *England and Wales High Court (King's Bench Division)*.

Un caso muy similar al de *Paradine & Jane* fue el caso de *Adams v. Nichols*, decidido por el Tribunal Supremo de Massachusetts en 1837 [36 Mass. (19 Pick.) 275]. En este caso el tribunal no excusó al comitente del cumplimiento de su obligación de entrega del inmueble a pesar de que la obra, cuando ya estaba prácticamente finalizada, se destruyó a causa de un incendio de origen desconocido.

El Tribunal Superior de Massachusetts sintetizó de nuevo el alcance de esta doctrina en el caso, resuelto en 1891, de *Butterfield v. Byron* (153 Mass. 517, 27 N.E. 667): "It is well established law that where one contracts to furnish labor and materials, and construct a chattel, or build a house, on land of other, he will not ordinarily be excused from performance of his contract by the destruction of the chattel or building without his fault before the time for the delivery of it".

Como parece deducirse de las palabras de JACKSON, J.H. y BOLLINGER, L.C. (*Contract Law in Modern Society: Cases and Materials*. 2º Ed. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1980, p. 1226) no todos los riesgos desconocidos son causados por eventos sobrevenidos ni imprevistos.

No puede confundirse la ausencia de negligencia en la materialización de un riesgo o daño con la ajenidad de ese riesgo o daño.

Otro supuesto muy parecido, en el que también se afirmó que la obligación del deudor debe ser cumplida a toda costa a no ser que las partes previeran expresamente alguna circunstancia eximente, es el resuelto por el Tribunal Supremo de Delaware en el año 1960: *Wills v. Shockley* [52 Del. (2 Storey) 295, 157 A.2d 252 (1960)].

MURRAY, JR, J.E. (*Cases and Materials on Contracts*. 2ª Ed. Indianapolis/Nueva York: The Bobbs-Merrill Company, Inc. Publishers, 1976, pp. 1174 a 1176) pone este caso como ejemplo paradigmático del punto de vista más arcaico del *common law*.

objeto del arrendamiento, a causa de la guerra civil inglesa. A pesar de que el tribunal reconoció que se trataba de un supuesto de imposibilidad de la prestación, consideró también que bajo el sistema contractual del *common law*, la imposibilidad no excusaba el cumplimiento¹⁸⁴. En consecuencia, el arrendatario fue condenado a pagar la renta a pesar de no poder usar la finca arrendada¹⁸⁵. La razón de ser de dicho principio (“*impossibility is no excuse*”¹⁸⁶) se encuentra en el respeto absoluto de la voluntad contractual¹⁸⁷.

De hecho, parte de la doctrina afirma que no se trata de una norma abstracta, sino concreta y muy relacionada con la voluntad de las partes. Se trata, en definitiva, de respetar de modo absoluto la voluntad contractual (*pacta sunt servanda* en sentido negativo) y consistente con la idea de que el Derecho no puede proteger a una de las partes en contra de su voluntad. Ha llegado a afirmarse, además, que esa responsabilidad de cumplir incluso ante la imposibilidad de la contraprestación debe entenderse de modo similar a como ocurre en relación con los derechos reales (*property*): una vez perfeccionado el contrato, la obligación de pago de la renta ingresa en el patrimonio del deudor, por lo que a no ser que sea el propio contrato el que lo exonere de cumplir ante una determinada circunstancia, la prestación debe ser ejecutada en sus propios términos.

¹⁸⁴ Sobre este caso y su relación con el principio del *common law* de responsabilidad contractual absoluta, v. a IBBETSON, D.: “Absolute Liability in Contract: the Antecedents of *Paradine v. Jayne*”, en AA.VV.: *Consensus Ad Idem: Essays on the Law of Contract*. Editado por F.D. Rose. Londres: Sweet & Maxwell, 1996, pp. 3 a 37.

¹⁸⁵ Para NEHF, J.P. (*Corbin on contracts...*, p. 13) este es un claro caso en que las doctrinas de la imposibilidad y de la *frustration* se solapan. Así, en efecto, nótese que si se hubiese excusado el cumplimiento de una de las partes (del arrendador) ante la imposibilidad, se hubiera frustrado el propósito de la contraparte (el arrendatario).

¹⁸⁶ Una defensa ardua de este principio en el derecho estadounidense puede ser encontrada en LAWSON, J. D.: *The Principles of the American Law of Contracts at Law and in Equity*. 3ª Ed. St. Louis: Thomas Law Book Company, 1923, pp. 568 a 575.

Según este último autor, las únicas excepciones a este principio son, en primer lugar, la imposibilidad causada por ley y, en segundo lugar, que el contrato se fundamentara en la existencia de una cosa, una persona o estado de cosas que posteriormente desaparece. Estas excepciones, afirma el autor, no son verdaderas excepciones por cuanto derivan de la voluntad implícita (aunque voluntad al fin y al cabo) de las partes. En el mismo sentido, SPENCER, E.W.: *A Manual of Commercial Law*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1922, 3ª Ed., pp. 124 y 125.

¹⁸⁷ Expone TREITEL, G.H. (*The Law of Contract*. Londres: Sweet & Maxwell, 11ª Ed., 2003, p. 866) que este principio nunca se aplicó en realidad a los contratos personalísimos ante la muerte o enfermedad inhabilitante del deudor o ante la ilegalidad sobrevenida del cumplimiento. En contra, sin embargo, defendiendo que este principio también resultaba aplicable a la ilegalidad sobrevenida de la prestación, se pronuncia CHANCE, E.W.: *Chance's Principles of Mercantile Law*. 20ª Ed. Editado por John Westwood. Londres: Donnington Press, 1973, p. 136.

Otro supuesto que ejemplifica esta regla es el de *Whitman v. Anglum*¹⁸⁸. En él se dilucidaba si un granjero y comerciante seguía obligado a suministrar al demandante-comprador una determinada cantidad de leche al día (175 *quarts*) a pesar de que el gobierno del estado de Connecticut había ordenado, por causas ajenas a la voluntad del demandado, poner en cuarentena tanto sus productos como su granja, lo que le impedía vender y obtener la leche que debía ser entregada al demandante. En este caso, el tribunal determinó que el demandado se había obligado a entregar una determinada cantidad de producto, sin especificar que el origen de ese producto debía situarse en su propia granja. Por todo ello, dado que el deudor aún podía conseguir la leche de cualquier otra granja, debía seguir obligado al cumplimiento del contrato¹⁸⁹.

A pesar de lo apuntado, el principio tradicional del *common law* no es en realidad que la imposibilidad no excuse el cumplimiento¹⁹⁰. El principio tradicional del *common law* consiste en que solo el contrato y la voluntad contractual son capaces de excusar el cumplimiento¹⁹¹. La diferencia es de matiz quizás pero posibilita en cualquier caso que se investigue si de algún modo las partes contemplaron y aceptaron excusar el cumplimiento de sus obligaciones¹⁹².

¹⁸⁸ 92 Conn. 392, 103 A. 114. Este supuesto fue resuelto por el Tribunal Supremo de Connecticut (*Supreme Court of Errors of Connecticut*) en 1918.

¹⁸⁹ Se pregunta ROSETT, A. (*Contract law and its...*, p. 662) hasta qué punto no es este caso uno en el que no entra en juego ninguna cuestión relacionada con la doctrina de la *impracticability* y sí solamente con la interpretación del contrato.

¹⁹⁰ Muy expresivas son las palabras de CORBIN, A. L. ("Discharge of contracts", en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, p. 1170) al respecto: "In case the impossibility arises subsequently to the making of the agreement, and by no fault of the defendant, it has been said that the defendant is not excused. There are so many exceptions to this rule, that it is believed that the rule is itself incorrect".

¹⁹¹ En palabras de WALTER, P. ("Commercial Impracticability in Contracts". *St. John's Law Review*: vol. 61, issue 2, invierno-1987, n° 2, p. 231): "The promisor's absolute liability was not diminished, but merely made subject to compliance with implied conditions. The court did not, therefore, reject outright the theory of absolute liability, but instead reaffirmed it on its own terms".

¹⁹² Expone WOODWARD, F. C. ("Impossibility of performance...", pp. 961 y 962) que la regla tradicional del *common law* consiste en hacer responsable al deudor del cumplimiento en todo caso al ser este el único responsable de no haber previsto mecanismo alguno contractual que le exonerara ante una determinada circunstancia. Según este autor, las únicas excepciones a este principio derivan de tres situaciones, reconocidas por la jurisprudencia. A saber, 1) la imposibilidad derivada de un cambio legislativo; 2) la desaparición o destrucción de una cosa cuya existencia resultaba esencial para el cumplimiento del contrato y 3) la muerte o incapacidad de la persona que debía proporcionar el servicio objeto del contrato. Como pone de manifiesto el anterior autor, la primera de estas situaciones no tiene como origen la existencia de una condición implícita sino razones de interés público. Así, también, PAGE, W. H.: "The development of...", pp. 987 y 988.

El primer caso en que se admite aplicar la imposibilidad de la prestación para excusar el cumplimiento data del año 1863¹⁹³. Se trata del *leading case Taylor v. Cadwell*¹⁹⁴. En este caso, el propietario de una sala de música alquilada por un empresario para organizar espectáculos artísticos no fue declarado responsable del incumplimiento de su obligación ante la destrucción del edificio objeto del contrato a causa de un incendio¹⁹⁵. Las partes celebraron un contrato en virtud del cual Taylor, el arrendatario, podía utilizar la sala de música propiedad de Caldwell durante cuatro días de actuaciones a cambio de £100 por día. Sin embargo, el *music hall* fue destruido accidentalmente por el fuego a menos de una semana de la primera actuación, lo que motivó que Taylor demandara a Caldwell por incumplimiento de contrato, reclamando los daños y perjuicios incurridos en la preparación de las actuaciones. El tribunal, como ya hemos adelantado, decidió que la existencia continuada de la sala de música era una condición implícita del contrato. Por ello, toda vez que la sala de música fue destruida, se excusó a Caldwell de cumplir con su obligación y de cualquier consecuencia derivada de este incumplimiento.

Las consecuencias tanto en el derecho del *common law* como en aquellos sistemas derivados del derecho romano en los que la imposibilidad es, *per se*, causa de extinción de las obligaciones son las mismas. La única diferencia se encuentra en la necesidad del derecho anglosajón en acudir a la ficción de la *implied condition*. Una crítica a esta separación del *common law* con respecto a la regla romana originaria puede ser encontrada en PAGE, W. H.: *Ibidem*, pp. 985 y 986. Llega a afirmar este autor (*Ibidem*, p. 986) que si en realidad existe una condición implícita no hay razón para aplicar la institución de la imposibilidad de la prestación.

¹⁹³ Algunos autores (V. por ejemplo a FARNSWORTH, E.A.: *Farnsworth on Contracts...*, p 599) citan el caso de *Williams v. Lloyd* (82 Eng. Rep. 95-K.B. 1629) como el primer caso en el que se admite la imposibilidad de la prestación. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que, con anterioridad a dicha fecha, parte de la doctrina estadounidense ya había recogido algunas ideas sobre el tratamiento de la imposibilidad de la prestación en el derecho europeo continental.

¹⁹⁴ Eng. Rep. 309 (K. B. 1863). Este caso también fue decidido por el tribunal *England and Wales High Court (King's Bench Division)* en su sentencia de 6 de mayo de 1863. Un estudio relativamente reciente de este caso y sus implicaciones en la doctrina puede encontrarse en BIRMINGHAM, R. L.: "Why is There Taylor v. Caldwell?: Three Propositions About Impracticability". *University of San Francisco Law Review*: vol. 23, 1988-1989, pp. 379 a 397.

La aplicación de la doctrina de la *implied condition* por parte de los tribunales siempre (o casi siempre) va acompañada de otro razonamiento: los tribunales no tienen poder para descargar a las partes de su obligación. Así, por ejemplo, lo expresa Lord Loreburn en el caso, resuelto en 1916 por los tribunales ingleses, de *FA Tamplin Steamship Co Ltd v. Anglo-Mexican Petroleum Products Co Ltd* (1916 2 AC 397, 405, 410, 422): "It is in my opinion the true principle, for no Court has an absolving power, but it can infer from the nature of the contract and the surrounding circumstances that a condition which was not expressed was a foundation on which the parties contracted..."

¹⁹⁵ Esa ausencia de responsabilidad engloba tanto la obligación de cumplir como la obligación de responder de los daños y perjuicios generados por la falta de cumplimiento. En este sentido, entre otros, v. CORBIN, A. L.: "Discharge of contracts"..., p. 1171 y ROBERTS, G. y MAJOR, W. T.: *Commercial and Industrial Law*. Londres: Macdonald & Evans, 1967, p. 76.

La explicación tradicional de este caso, explicitada por el juez que lo decidió (el juez Blackburn), consiste en que el cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes está implícitamente condicionado a la existencia de su objeto. Si el objeto no existe, la obligación no puede ser cumplida. Este supuesto y su solución se explicó sobre la base de la existencia de una condición implícita (voluntad contractual) consistente en que las partes no se habían obligado incluso ante la imposibilidad de la prestación¹⁹⁶. El incendio de la sala de música supuso la imposibilidad de la prestación y esa imposibilidad fue implícitamente contemplada en el programa prestacional de las partes. De hecho, el propietario de la sala conocía que su obligación iba más allá de entregar la posesión de una estructura inexistente o que debía ser totalmente reconstruida y, por su parte, el arrendatario no hubiera celebrado el contrato (y por lo tanto no se obligó incluso ante la imposibilidad de la prestación) si hubiera conocido que el local en el que quería organizar conciertos de música sería destruido por el fuego¹⁹⁷.

¹⁹⁶ La aplicación de la doctrina de la *implied condition* a distintos segmentos del derecho contractual ha venido siendo reconocida por los tribunales ingleses desde el siglo XVII. Así lo expone ANDERSON A.: *A Selection mainly of American Cases of the twentieth century on the LAW OF CONTRACTS*. Chicago: 1961, pp. 404 a 406. Este autor cita los siguientes casos: *Nichols v. Raynbred* (*Court of Common Pleas*, 1614. Hobart 88, 80 Eng. Rep. R. 238), *Kingston v. Preston* (*Court of King's Bench*, 1773 2 Douglas 689, 99 Eng. Rep.R. 437) y *Boone v. Eyre* (*Court of King's Bench*, 1776. 1 Henry Blackstone 273(a), 126 Eng.Rep.R. 160).

Una explicación histórica centrada en las razones por la que los tribunales, ante la imposibilidad de crear obligaciones para las partes, acuden a la figura de la *implied condition* o *implied term* puede ser encontrada en FARNSWORTH, E.A.: "Disputes over Omission in Contracts". *Columbia Law Review*: vol. 68, n° 5, mayo-1968, pp. 860 a 891.

¹⁹⁷ Esta condición implícita es una ficción. Las partes no pensaron que la existencia del edificio era necesaria para el mantenimiento del contrato del mismo modo que no pensaron que el edificio se incendiaría. Dieron por hecho que no habría incendio y que el edificio continuaría existiendo. Al respecto, DAWSON, J.P., HARVEY, W.B y HENDERSON, S.D (*Cases and comments on contracts*. 5ª Ed. Mineola (Nueva York): The Foundation Press, 1987, p. 632) se preguntan hasta qué punto no existe un conflicto entre la afirmación del Juez Blackburn de que las partes no tuvieron presente en el momento de contratar la posibilidad del incendio y su posterior determinación de que la existencia del *music hall* era una condición implícita esencial para el mantenimiento del contrato.

La misma pregunta es planteada por FULLER, L.L. y EISENBERG, M. A. (*Basic Contract Law...*, pp. 768 y 769), quienes la responden explicitando la naturaleza de la *implied condition*. Así, en efecto, afirman estos autores que la *implied condition* es implícita precisamente porque las partes dieron por hecho (ni siquiera pensaron en lo contrario) que el edificio seguiría existiendo.

Afirman HALSON, R. (*Contract Law*. Harlow (Inglaterra): Longman, 2001, p. 402) y BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J. (*Anson's Law of Contract*. 29ª Ed. Nueva York: Oxford University Press, 2010, p. 485) que si las partes hubieran previsto el suceso acontecido, probablemente no hubieran decidido poner fin a las obligaciones contractuales.

De similar modo, OSTAS, D. T. y DARR, F. P. ("Understanding Commercial Impracticability: Tempering Efficiency with Community Fairness Norms". *Rutgers Law Journal*: vol. 27, invierno-1996, pp. 343 a 381) exponen que resulta incongruente afirmar la existencia de una *implied condition* si las partes no previeron el suceso acontecido.

La misma teoría fue reiterada por Lord Loreburn en el supuesto conocido como *Tamplin*¹⁹⁸. Sin embargo, como veremos, esta teoría de la condición implícita es rechazada en la actualidad por la mayoría de la doctrina. Por ejemplo, esta doctrina ha sido rechazada recientemente, al menos en su versión tradicional, por *The House of Lords* en el caso de *National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd*¹⁹⁹.

En *Taylor v. Caldwell* la imposibilidad de la prestación, como institución jurídica, tan solo explica la exoneración del cumplimiento de la obligación por parte del propietario del inmueble, toda vez que la obligación del pago de la renta seguía siendo posible²⁰⁰.

Por su parte, VERNON, D. H. (*Contracts: Theory and practice*. Nueva York/San Francisco: Matthew Bender, 1980, apartados 10-82 y 10-83) establece que en este caso las partes pretendían que el contrato fuera absoluto, esto es, que se debía cumplir a toda costa. De lo contrario, afirma, habrían pactado lo contrario.

Sobre la evolución de la doctrina y jurisprudencia inglesa desde un sistema de *strict liability*, hacia uno en el que se reconoce la imposibilidad a través de la *implied condition*, v. SALMOND, J y WILLIAM, J.: *Principles of the...*, pp. 512 a 514; WEYRAUCH, M.H.: *Richardson on Contracts*. Nueva York: 1951, pp. 298 a 305; PARRY, D.H.: *The Sanctity of Contracts in English Law*. Londres: Stevens & Sons, 1959, pp. 39 a 51; CUNEO, G.A. y CROWELL, E.H.: "Impossibility of Performance –Assumption of Risk or Act of Submission". *Law & Contemporary Problems*: vol. 29, primavera-1964, pp. 531 a 551 y DIAMOND, A.L. ET ALI: *Sutton and Shannon on Contracts*. 7ª Ed. Londres: Butterworths, 1970, pp. 349 a 355.

Aunque se critica el fundamento utilizado por el tribunal en *Taylor v. Caldwell*, lo cierto es que la mayoría de la doctrina considera que la decisión alcanzada es la correcta toda vez que la destrucción del objeto del contrato excusa de su cumplimiento, siempre que esa destrucción sea ajena al deudor. Una de las excepciones a ese principio la encontramos entre aquellos que defienden teorías economicistas. Para estos últimos, la clave está, ya sea en casos de imposibilidad, de *impracticability* o de *frustration*, en averiguar cuál de las partes estaba en mejor situación para asumir el riesgo. En este caso, para PERILLO, J.M. (*Calamari and Perillo...*, p. 517) el propietario estaba en mejor situación para asegurar el riesgo consistente en la destrucción del bien, por lo que no debería haberse excusado el cumplimiento.

Otros autores, sin embargo, consideran que la decisión del tribunal no fue acertada en tanto en cuanto el incendio era un factor plenamente previsible frente al que las partes, en concreto, el arrendatario, debería haberse protegido. En este sentido, GOLDBERG, V.: "Excuse Doctrine: Eisenberg Uncertainty Principle". *The Journal of Legal Analysis*: vol. II, primavera-2010, pp. 359 y ss.

¹⁹⁸ (1916) 2 A.C. 397 at 404.

¹⁹⁹ (1981) A.C. 675, 687, 702, 717.

²⁰⁰ De hecho, en otros supuestos, casi todos ellos relacionados con el alquiler de barcos para el transporte de mercancías en el que el barco en cuestión era detenido o requisado, el arrendatario seguía obligado al pago de la renta. V. *Scottish Navigation Co Ltd v. Souter* (1916 1 K.B. 675 at 681) y *Admiral Shipping Co Ltd v. Weidner Hopkins & Co.* (1916 1 K.B. 429 at 437). En estos dos casos, sin embargo, el tribunal de apelación excusó la obligación del arrendatario al entender que se había frustrado el objeto común del contrato. También se declaró frustrada la prestación de la contraparte ante la imposibilidad de un transportista marítimo para cumplir su obligación de entrega ante una prohibición gubernamental en el caso, resuelto por los tribunales ingleses, de *Jackson v. Union Marine Insurance Co Ltd* (1874 LR 10 CP 125).

Precisamente por ello, al comentar el presente caso, parte de la doctrina estadounidense aduce que, para justificar la exoneración del deudor del pago de la renta, debe acudir a otra figura que no sea la imposibilidad; en concreto, a la *frustration*²⁰¹. El cumplimiento de la obligación de pago de la renta sigue siendo posible pero la imposibilidad del cumplimiento de la obligación recíproca (la entrega de la posesión del inmueble) ha provocado la frustración del propósito que llevó al arrendatario a contratar (la posibilidad de poder celebrar espectáculos en la sala de música objeto del contrato de arrendamiento²⁰²) o incluso a una *failure of consideration* sobrevenida²⁰³.

Para la resolución de este problema, parte de la doctrina acude a la idea, en ocasiones acogida por los tribunales estadounidenses, de una condición implícita que no obliga a las partes a cumplir con su prestación si se incumple la contraprestación²⁰⁴, mientras que otra parte de la doctrina simplemente acude a principios de justicia o a reglas

²⁰¹ Esta es también la opinión de NEHF, J.P. (*Corbin on contracts...*, p. 8): “Moreover, if supervening events cause a court to discharge one party’s duty under the impossibility doctrine, the court may be frustrating the purpose of the other party by voiding the agreement”.

En este sentido expone DECLERCQ, P.J.M. (“Modern analysis of the legal effect of force majeure clauses in situations of commercial impracticability”. *The Journal of Law and Commerce*: vol. 15, otoño-1995, pp. 213 y ss.) lo siguiente: “After Music-Hall, modern commerce, along with modern society, grew more complex. There was a call for a legal doctrine dealing with the situation where performance was rendered effectively, but not physically, impossible. In “frustration of purpose” cases, performance is still possible, but an unanticipated circumstance, the risk of which cannot fairly be thrown on the promisor, makes performance vitally different from what was originally to be expected”.

Esta parece ser también la posición de GRISMORE, G.C.: *Grismore on Contracts*. Edición revisada por John Edward Murray, Jr. Indianapolis/Kansas City/Nueva York: The Bobbs-Merrill Company, 1965, p. 210.

²⁰² TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 48 a 50) critica este uso del término *frustration* dada su falta de claridad. Este uso del término, además, resta protagonismo a la doctrina de la *frustration* en sí mismo considerada, esto es, desconectada de la imposibilidad o de la *impracticability*. El uso del término *frustration* para este fenómeno obliga, además, a distinguir entre el propósito inmediato y el último de las partes.

SALMOND, J y WILLIAM, J. (*Principles of the...*, p. 57) incluso llegan a afirmar que podría considerarse que el pago del precio está implícitamente condicionado al cumplimiento de la contraprestación imposible o frustrada: “[...] In the second class of cases the question for determination of how far a subsequent unanticipated change of circumstances defeating the purpose of the contract or rendering its performance impossible constitutes a failure of an implied condition of the contract so as to release the parties from their obligation under it”.

²⁰³ Cfr. LEAKE, S.M.: *Principles of the...*, pp. 540 y 541; McELROY, R.G.: *Impossibility of performance...*, pp. 98 a 100 y FURMSTON, M.P.: *Cheshire, Fifoot and...*, p. 738.

²⁰⁴ Cfr. CORBIN, A.L.: “Frustration of Contract in the United States of America”. *Journal of Comparative Legislation and International Law*: serie 3ª, n.º 29, 1947, pp. 1 a 8.

relacionadas con los cuasi contratos para justificar la excusa del cumplimiento de la prestación que aún es posible cuando su correspondiente se ha tornado imposible²⁰⁵. Por otra parte, algunas resoluciones judiciales han argumentado que en estos casos se frustra el objeto común del contrato, lo que da lugar a la excusa de ambas obligaciones: la frustración o *impracticability* de una de las prestaciones provoca la de todo el contrato²⁰⁶.

La mejor doctrina inglesa actual²⁰⁷ establece que la verdadera dicotomía frente a la que se encontró al tribunal *Taylor v. Cadwell* era la de distribuir la pérdida derivada de la destrucción del *music hall* o no distribuirla. No distribuir la pérdida hubiera supuesto obligar al arrendatario a pagar la renta a pesar de no poder disfrutar del bien. La distribución de la pérdida, en cambio, podía conseguirse de dos modos distintos: a) en primer lugar, obligando al arrendatario a pagar la renta y al arrendador a indemnizar o abonar el valor del derecho a disfrutar del local periculado o b) en segundo lugar, distribuyendo el riesgo tal y como lo hizo el tribunal: liberando a ambas partes de sus respectivas obligaciones. Esta solución se considera en la doctrina la más elegante y económica²⁰⁸.

En *Taylor v. Cadwell* se acude a la voluntad contractual para fundamentar la imposibilidad de la prestación como causa de exoneración del cumplimiento. Aun así, esa voluntad contractual, consistente en exonerar al deudor del cumplimiento en supuestos de imposibilidad sobrevenida, se presume siempre. Y es ello lo que explica que en *Taylor v. Cadwell* se estableciera, de forma genérica, que para exonerar al deudor ante la

²⁰⁵ Cfr. CORBIN, A.L.: “Supervening impossibility of performing conditions precedent”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 976 y 977.

²⁰⁶ Así ocurre en distintos supuestos relacionados con el requisamiento o detención de barcos para el transporte de mercancías. V. por ejemplo *Bank Line Ltd v. Arthur Capel & Co* (1919 A.C. 435) y *Hirji Mulji V. Cheong Yue SS Co.* (1926 A.C. 497).

Esta parece ser también la opinión de TREITEL, G.H. (*An Outline of...*, p. 334): “The effect of the doctrine is to discharge the contract by operation of law. It follows that both parties are discharged, even though only one party’s obligation has become impossible to perform. In our last example, both seller and buyer are discharged, even though it remains physically possible for the buyer to pay the price. The law regards the contract as a kind of common venture, having as its *object* the exchange of the goods for the price; and if fulfillment of that “common object” becomes impossible, then both parties are at once discharged from all their obligations under the contract”.

²⁰⁷ Cfr. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 48 a 50.

²⁰⁸ Así lo expone TREITEL, G.H.: *Ibidem*, p. 49.

imposibilidad de la prestación solo es necesario, de un lado, que las partes no se hayan obligado expresamente ante la imposibilidad de la prestación y, de otro lado, que la prestación devenga imposible sin culpa del deudor y antes de que se haya producido un incumplimiento contractual.

La imposibilidad de la prestación en derecho estadounidense (e inglés) tiene, al menos en su origen, una base o causa subjetiva: su fundamento, origen y explicación se encuentra en el elemento del consentimiento contractual. Sin embargo, la imposibilidad debe ser siempre objetiva o, dicho de otro modo, debe ser siempre de la prestación tal y como esta ha sido configurada²⁰⁹. Así, en efecto, la jurisprudencia rechaza la imposibilidad de la prestación basada en dificultades personales o económicas del deudor no oponibles al acreedor²¹⁰. En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia ha rechazado la alegación de la doctrina de la imposibilidad en supuestos en los que el deudor no puede

²⁰⁹ Ello incluye la imposibilidad por causa personal o familiar del deudor si la obligación se ha configurado como personalísima (V. CLARK, JR. W.L., THROCKMORTON, A.H. y BRIGHTMAN, A.C.: *Handbook of the Law of Contracts*. 4ª Ed. St. Paul (Minnesota): West Publishing Company, 1931, pp. 648 y 654 a 656), así como si la imposibilidad es legal, esto es, cuando es una norma, nacional o extranjera, la que impide el cumplimiento.

En derecho anglosajón esta teoría en ocasiones se trata como una institución independiente a la doctrina de la imposibilidad. Así lo expone LORD, R.A.: *Williston on Contracts*..., p. 283.

En este sentido, sobre la aceptación en el derecho inglés de la imposibilidad subjetiva, expone PAGE, W. H. ("The development of...", p. 980) lo siguiente: "From an early period of the English law, it has been assumed that a contract which was personal in its nature was discharged by the death of the party from whom performance was due".

Esta máxima también ha sido aceptada en el derecho estadounidense en el bien entendido que la prestación era personalísima (*non-delegable*). V. al respecto, EMANUEL, S. y KNOWLES, S.: *Contracts*. New Rochelle (Nueva York): Emanuel law outlines, 1977, p. 250.

La imposibilidad subjetiva, aunque con el nombre de *impracticability*, viene recogida también en el art. 262 del *Restatement (Second) of Contracts*, en su apartado número 5: "If the existence of a particular person is necessary for the performance of a duty, his death or such incapacity as makes performance impracticable is an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract is made".

En estos casos parece, a nuestro juicio, que si realmente existía una asunción básica entre las partes consistente en que el deudor no moriría o sufriría una incapacidad es precisamente porque la obligación es de carácter personalísima. En este sentido se pronuncia también, CONWAY, P.R.: *Outline of the...*, p. 452.

²¹⁰ Expone la doctrina (V. PATTERSON, E.W., GOBLE, G.W. y JONES, H.W.: *Contracts: Cases and Materials*. 4ª Ed. Nueva York: The Foundation Press, 1957, p. 1058 y SHEPHERD, H. y WELLINGTON H. H.: *Contracts and Contract remedies: Cases and materials*. Brooklyn (Nueva York): Foundation Press, 1957, pp. 697 y 698), que en el derecho estadounidense la dificultad financiera del deudor se considera imposibilidad subjetiva no eximente.

asumir el coste del bien o servicio adquirido al no poseer suficiente patrimonio²¹¹. En estos casos, se afirma, la imposibilidad es de tipo subjetivo y no puede eximir nunca del cumplimiento. Solo se reconoce la imposibilidad provocada por un hecho que solo afecte al deudor cuando la obligación se ha configurado como personalísima. Esa imposibilidad, sin embargo, es de carácter objetivo (la obligación no se puede cumplir). Es de notar que en el derecho estadounidense actual el término de imposibilidad subjetiva se suele reservar para aquellos supuestos no eximentes en los que el deudor no puede cumplir, aunque la obligación, objetivamente, sí es susceptible de ser cumplida²¹².

Como se acaba de comprobar, el *leading case* sobre imposibilidad en derecho anglosajón explica esta institución desde la voluntad contractual. En contraposición, como vimos, en derecho español, la imposibilidad de la prestación carece de un fundamento que entronque en la estructura contractual; más bien parece que su aplicación y exigencia es institucional. Esta diferencia, sin embargo, es estrictamente formal. El fundamento de la condición implícita del *common law* es una ficción que se presupone en todo contrato salvo que las partes hayan decidido obligarse incluso ante la imposibilidad de la prestación²¹³. Se afirma tradicionalmente que, en el *common law*, la responsabilidad contractual es estricta en tanto en cuanto la obligación contractual debe cumplirse siempre salvo que de la voluntad de las partes se deduzca lo contrario. En

²¹¹ Cfr. *Christy, by his Guardian et ux., v. Pilkinton*. (Supreme Court of Arkansas 224 Ark. 407, 273 S. W. 2d 533).

A este respecto, resulta de sumo interés resaltar el siguiente fragmento del caso *El Rio Oils (Canada) Limited, v. Pacific Coast Asphalt Co., Inc.* resuelto por la *District Court of Appeal de California* (95 Cal.App.2d 186, 213 P2d 1.): “California is in accord with this rule as above stated. The impossibility must consist in the nature of the thing to be done and not in the inability of the obligor to do it [...] If performance is not inherently impossible, and there is an unconditional promise to perform, nonperformance is a breach where the obligator becomes unable to perform even though through cases beyond his control, since he might have provided against them in his contract [...]”.

²¹² Sobre todas estas cuestiones, v. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 72 a 74.

²¹³ Que la condición implícita es una ficción es un hecho admitido por la mejor doctrina en el derecho inglés. V. por ejemplo, GUEST, A.G.: “Implied Terms”, en AA. VV.: *Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles*. 29ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 773. Aun así, expone este autor (*Ibidem*, p. 774) que los tribunales suelen aplicar la doctrina de la *implied condition* en dos situaciones: i) cuando es necesario para dar eficacia al contrato y ii) cuando el término implícito representa la intención obvia pero inexpresada de las partes.

Afirma FARNSWORTH, E.A. (“Disputes over Omission...”, p. 865) que la condición implícita es un *implied term in law*, no *in fact*. La diferencia entre un *implied term in law* y un *implied term in fact* es que aquella se basa en una voluntad presumida por el tribunal mientras que esta se equipara a una voluntad auténtica derivada de la interpretación contractual.

cambio, típicamente en el derecho español, el deber prestacional tiene límites más allá de la voluntad de las partes (al menos en el caso de la imposibilidad de la prestación).

No obstante, estos tópicos (en el sentido técnico del término) pueden matizarse. Así, de un lado, a pesar de que la imposibilidad de la prestación en derecho anglosajón encuentra su explicación en la condición implícita, a la hora de la verdad, esta condición se entiende presupuesta en todo contrato, de tal modo que difícilmente puede afirmarse que este sistema es uno de responsabilidad estricta (*strict liability*) y, por otro lado, como ya hemos puesto de manifiesto, no está tan claro que la huida del sistema de responsabilidad objetiva por parte de nuestro derecho no sea sino una interpretación demasiado amplia de los sistemas jurídicos en los que se inspiró (especialmente el derecho romano).

Sea como fuere, lo verdaderamente trascendente es que tanto en el sistema español (y europeo continental) como en el del *common law*, la imposibilidad es un límite de la responsabilidad contractual. También tienen en común ambos sistemas la inexistencia de una base que justifique suficientemente la operatividad de la figura de la imposibilidad de la prestación²¹⁴. Así, en efecto, la explicación consistente en que el deudor siempre debe quedar exonerado en supuestos de imposibilidad ante la inexistencia de culpa parece muy simplista y no atiende a la configuración de la obligación como una obligación de medios o de resultado y, por otra parte, la llamada a la existencia de una condición implícita relativa al supuesto acuerdo de las partes consistente en no quedar obligados ante la imposibilidad de la prestación no es sino una ficción que, en realidad, a pesar de su perfección técnica, prescinde de toda realidad.

Como ya vimos al tratar sobre la teoría de la presuposición y de la *rebus sic stantibus* (V. apartado 2.3.1), la voluntad contractual no puede fundamentar la inexigibilidad de la prestación ante la ocurrencia de un acontecimiento que haga imposible, difícil o inoperante el cumplimiento. Del mismo modo, al tratar sobre la imposibilidad de la prestación en derecho español, vimos que la culpa no es suficiente para explicar ni justificar por sí misma la existencia y operatividad de dicha institución. A no ser que se apueste por mantener una concepción de la responsabilidad contractual

²¹⁴ Cfr. GORDLEY, J.: “Impossibility and Changed...”, pp. 513 a 530.

basada en la culpa con independencia del tipo de obligación de que se trate, lo verdaderamente trascendente es atender, de un lado, a cuál es la distribución contractual y legal de riesgos y, de otro lado, a la exigencia de que el acontecimiento sea ajeno al ámbito de influencia de las partes. Y son estos elementos los que deben sustituir al elemento de la culpa no solo en los supuestos en que la prestación deviene imposible sino ante cualesquiera otros que deban hacer inexigible la obligación contractual²¹⁵.

A pesar de que estos últimos elementos parecen ser tenidos en consideración como norma general por la doctrina estadounidense al tratar sobre todas las figuras e instituciones que hacen las obligaciones contractuales inexigibles ante el cambio de circunstancias, a estos se añaden otros que directa o indirectamente derivan de ellos, tales como la imprevisibilidad, la asunción expresa de un determinado riesgo o la mejor posición de una u otra parte para asumir ese riesgo²¹⁶.

No obstante, a pesar de que muchos de los elementos exigidos por la doctrina estadounidense para la aplicación de cualquier teoría relacionada con la alteración sobrevenida de circunstancias son idóneos, no siempre otorgan la solución más apropiada a todos los casos²¹⁷. El fallo de algunos de estos elementos para explicar, fundamentar o solucionar algunos de los supuestos relacionados con la alteración sobrevenida de las circunstancias se encuentra en el hecho de que resultan demasiado específicos para explicar fenómenos que, a pesar de tener una misma naturaleza u origen, difieren en torno al problema que causan y a la solución que exigen²¹⁸. Del mismo modo, cada supuesto

²¹⁵ GORDLEY, J. (*Ibidem*) no establece directamente que estos dos elementos sean los que deban sustituir la explicación basada en la culpa pero así se deduce, sin duda, de algunas de sus reflexiones.

²¹⁶ En concreto, cita GORDLEY, J. (*Ibidem*) al profesor Richard Posner, de cuyas teorías trataremos más adelante.

²¹⁷ Así, por ejemplo, se ha dicho que la doctrina consistente en que el cambio de circunstancias y sus consecuencias deben atribuirse a la parte que en mejor situación esté para controlar un determinado suceso no puede aplicarse en determinados supuestos en los que de ningún modo, más que artificialmente, puede establecerse qué parte podía controlar mejor el riesgo. El ejemplo que proporciona GORDLEY, J. (*Ibidem*) es el de una guerra.

Además, establece GORDLEY, J. (*Ibidem*) que si el único fundamento de la teoría es hacer responsable a una parte frente a la otra debido a que está en mejor situación para soportar un determinado acontecimiento, entonces, para evitar el riesgo que finalmente acontece y así eludir la responsabilidad, bastaría con demostrar que se han tomado las precauciones necesarias.

²¹⁸ Evidentemente no puede tratarse del mismo modo un supuesto en que la prestación deviene imposible que otro en que la prestación es más difícil de cumplir. Igualmente, la dificultad de la prestación

requiere que se atienda a unas determinadas circunstancias concretas de las que no se puede prescindir a la hora de valorar los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina que se trate de aplicar.

A continuación trataremos sobre todas y cada una de estas teorías e intentaremos averiguar cuáles son sus fundamentos (comunes o no). Antes es preciso que averigüemos cuál es su origen. Y para estudiar dicho origen es necesario seguir ahondando en la imposibilidad de la prestación y sus límites en el derecho del *common law*.

4.3 Los límites de la imposibilidad de la prestación en derecho estadounidense

Tras el análisis de algunos de los supuestos resueltos por la jurisprudencia estadounidense, parece que lo fundamental a la hora de apreciar la existencia de una condición implícita consiste en la averiguación de si las partes hubieran convenido en excusar el cumplimiento de las obligaciones ante la imposibilidad de la prestación de la que se trate. En el caso de que así sea, el tribunal afirmará que sí existía esa condición implícita. Si no es así, el tribunal afirmará que en el contrato no se pactó nada en relación con la imposibilidad alegada²¹⁹. Así ocurre por ejemplo en el supuesto de *Shull v. Hatfield*, en el que un arrendatario solicitaba la excusa temporal de su obligación de devolver la posesión de la vivienda arrendada sobre la base de la imposibilidad de encontrar otra vivienda en la zona.

En cuanto al remedio que debe otorgarse ante la imposibilidad objetiva de la prestación, típicamente se ha considerado en derecho anglosajón que, por un lado, debe exonerarse al deudor de la obligación que ha devenido imposible y, por otro lado, también debe liberarse al acreedor de su obligación correspondiente. También se ha dicho, como

debe diferenciarse de aquellos supuestos en los que el contrato carece de sentido o interés para alguna de las partes.

²¹⁹ Sin embargo, como pone de manifiesto FARNSWORTH, E.A. ("Disputes over Omission...", p. 862), lo que no ha podido solucionar el legislador para una determinada situación (ni tampoco las partes) tampoco podrán solucionarlo los tribunales por mucho que intenten averiguar cuál hubiera sido la voluntad de los contratantes. Nótese como la idea de la *implied condition* se objetiviza al tratar de averiguar lo que se hubiera acordado y no lo que efectivamente las partes acordaron implícitamente.

vimos, que con respecto a la obligación correspondiente no puede afirmarse que nos encontremos ante una verdadera imposibilidad de cumplir. Como máximo, estaremos ante un supuesto de frustración del contrato: el motivo por el que el acreedor de la prestación imposible había contratado se desvanece al haberse hecho imposible la prestación a la que tenía derecho y ello le exonera del cumplimiento. Sobre ello volveremos más adelante. Ahora, que tratamos sobre la imposibilidad de la prestación, es preciso que analicemos algunos supuestos en los que tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia se pone en duda que la doctrina tradicional de la imposibilidad libere totalmente al deudor del cumplimiento de su obligación.

El primero de esos supuestos es el de la imposibilidad parcial. El *leading case* en derecho estadounidense es un supuesto resuelto por los tribunales del estado de Nueva York: el supuesto de *Tipton v. Feiner*²²⁰. En *Tipton v. Feiner* se acordó la venta de dos lotes de cerdos, uno de esos lotes ya se encontraba en Nueva York al tiempo de la perfección del contrato y, por lo tanto, los cerdos tan solo debían ser sacrificados para que su carne fuera entregada a la mayor brevedad. El otro lote debía ser conducido desde Ohio a Nueva York, donde los cerdos debían ser entregados vivos, sin haberse especificado en el contrato la fecha concreta de esa entrega. El precio de los cerdos vivos que debían ser trasladados se fijó en la cuantía de 5 1/4 centavos de dólar por libra de peso, y el precio de la carne de los cerdos que ya estaban en Nueva York en 7 centavos de dólar por libra de peso. El vendedor entregó la carne de cerdo correspondiente al primer lote sin haber recibido su precio. En cuanto a los cerdos que debían ser trasladados desde Ohio hasta Nueva York, su entrega resultó imposible dado que en la frontera del estado de Nueva York las autoridades sanitarias prohibieron su entrada con el fin de prevenir la propagación de una fiebre porcina que por aquel entonces se había originado en el estado de Ohio. En este caso, el tribunal estimó que la prestación del vendedor se había dividido en dos, tanto en lo que respecta al objeto de entrega (debía entregarse, por un lado, la carne de cerdo y, por otro lado, los animales vivos) como en lo relativo a la fecha de entrega, siendo el precio de cada una de las prestaciones también distinto. Por ese motivo, el tribunal ordenó al comprador que pagara la entrega de la carne ya realizada y liberó a ambas partes de cumplir con las obligaciones contractuales correspondientes al segundo lote de cerdos, el que debía ser transportado desde Ohio hasta Nueva York.

²²⁰ Resuelto por la *Court of Appeals* de Nueva York [20 N.Y. 423 (1859)].

Si bien este supuesto se encuadra entre aquellos de imposibilidad parcial de la prestación, en realidad parece que se trata de un supuesto de imposibilidad total de una de las prestaciones divisibles de un mismo contrato. Así, en el contrato se contenían dos prestaciones (con sus correspondientes contraprestaciones) bien diferenciadas²²¹. El vendedor se obligó a realizar dos prestaciones: la entrega de la carne de cerdo de los animales que ya estaban en el estado de Nueva York, de un lado, y la entrega de los cerdos que estaban en el estado de Ohio, de otro. Solo una de ellas devino imposible y, por ello, solo de esa prestación debía quedar exonerado el deudor (y solo de la correspondiente el acreedor). No parece, por lo tanto, que en este supuesto se excepcione la doctrina tradicional de la imposibilidad.

Más complejo de determinar es qué ocurre en aquellos supuestos en los que de un contrato penden varias prestaciones indivisibles. Y es complejo desde un doble punto de vista: en primer lugar, en lo que respecta a la determinación de cuándo nos encontramos ante prestaciones indivisibles y, en segundo lugar, en la especificación de los efectos que en estos casos tiene la imposibilidad de la prestación. Esta problemática se plantea en el caso *Van Dusen Aircraft Supplies v. Massachusetts Port Auth*²²². En este supuesto, el aeropuerto de la ciudad de Boston y un empresario perfeccionaron un contrato de arrendamiento de servicios por un plazo de 21 años mediante el cual el empresario se obligaba a prestar numerosos servicios a las aeronaves presentes en el aeropuerto incluyéndose entre esos servicios la obligación de proporcionar una base completa fija de operaciones “*a complete fixed base operation*” que, según el lenguaje de los especialistas en este sector, venía a significar que el empresario se comprometía al mantenimiento de las aeronaves mediante los servicios de reparaciones que fueran necesarios, precisándose para ello del uso de un *hangar*.

Sin embargo, con posterioridad a la perfección del contrato, las autoridades competentes prohibieron la construcción de un nuevo *hangar* en el único área del

²²¹ Al respecto, debe tenerse en consideración que en el art. 240 del *Restatement* se establece que si la prestación y la contraprestación pueden separarse de tal modo que exista equivalencia entre ellas, cada una de esas prestaciones (y contraprestaciones) deben considerarse independientes del resto de prestaciones contractuales.

²²² Este caso fue resuelto por los tribunales de Massachusetts el 10 de febrero de 1972 [Mass. 131, 279 N.E.2d 717 (1972)].

aeropuerto donde hubiera sido posible, lo que lógicamente provocó que parte de los servicios a prestar por el empresario devinieran imposibles. En este caso, el empresario instó al tribunal a que considerara que las prestaciones de servicio y mantenimiento a las que se obligó y que no precisaban de un *hangar* seguían siendo posibles, debiendo exonerársele en cambio del cumplimiento de las obligaciones que dependían de la construcción del *hangar*. Alegó también que al aeropuerto debía exonerársele de la obligación de pago de estos últimos servicios pero no de los que sí podían ser cumplidos. En este caso quedó demostrado durante el procedimiento judicial que los servicios relacionados con la construcción del *hangar* serían abonados al empresario de forma separada al resto de servicios, lo que provoca que nos encontremos ante un caso muy similar al que acabamos de comentar, en el que las prestaciones son divisibles. La imposibilidad de una de las prestaciones no provoca la de las demás, debiéndose cumplir el resto y sus correspondientes²²³.

Pero ¿qué ocurre si la prestación, a pesar de que materialmente se divida en varias prestaciones, es de carácter indivisible en sentido económico?; ¿qué ocurre si, a pesar de la divisibilidad de las prestaciones, la que deviene imposible es de carácter principal y el resto de carácter accesorio?; ¿qué ocurre si, a pesar de la divisibilidad de la prestación, el precio ha sido calculado globalmente?²²⁴

En el primero y segundo de los anteriores supuestos parece que debe aplicarse la doctrina tradicional de la imposibilidad: a pesar de que el contenido prestacional se manifieste en la necesidad de que el deudor realice varios actos u omisiones distintos o provoque más de un resultado, la indivisibilidad de la prestación o el hecho de que el acto,

²²³ V. NEHF, J.P.: *Corbin on contracts...*, p. 36.

Esta parece ser también la solución en el derecho inglés de conformidad con lo dispuesto en la sección 2ª, apartado 4º, del *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943: “Where it appears to the court that a part of any contract to which this Act applies can properly be severed from the remainder of the contract, being a part wholly performed before the time of discharge, or so performed except for the payment in respect of that part of the contract of sums which are or can be ascertained under the contract, the court shall treat that part of the contract as if it were a separate contract and had not been frustrated and shall treat the foregoing section of this Act as only applicable to the remainder of that contract”.

Sobre la imposibilidad de prestaciones divisibles en la doctrina inglesa V. a TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 576 a 578.

²²⁴ En todos estos casos, según TREITEL, G.H. (*Ibidem*, pp. 576 y 577) debería optarse por la excusa total del cumplimiento.

omisión o resultado que se ha hecho imposible sea de carácter principal provoca que nos encontremos ante una imposibilidad de tipo total que debe generar la total exoneración del deudor.

¿Y en el tercer supuesto? ¿Qué ocurre si la prestación del deudor es divisible pero el precio o contraprestación ha sido calculado globalmente?²²⁵ Nótese que en este caso no existe imposibilidad de la prestación más que en parte. Por ello, parece que la prestación (en lo que aún es posible) resulta exigible. El problema está en determinar qué parte de la contraprestación fijada globalmente es debida. Si pudiera de algún modo averiguarse cómo se ha calculado el precio y asignar qué parte corresponde a la prestación que es posible y qué parte a la imposible, nos encontraríamos ante un supuesto como los dos anteriores que acaban de comentarse.

Pero, ¿y si no es así? Las opciones parecen dos siempre que se acepte que el acreedor no debe hacerse responsable (a través del cumplimiento de su obligación correspondiente) de la imposibilidad parcial: la primera consiste en exonerar totalmente tanto al deudor como al acreedor de la totalidad de sus prestaciones (consecuencia típica en derecho anglosajón para la imposibilidad de la prestación) y la segunda en optar por una de las vías que, como veremos, más en boga está en los supuestos de *impracticability* y *frustration*: ajustar los términos del contrato. El problema es que, en puridad, no nos encontramos ni ante un supuesto de imposibilidad de la prestación ni tampoco se cumplen los requisitos de la *impracticability* o la *frustration*: la prestación es posible, ni siquiera puede afirmarse que sea más difícil de cumplir y tampoco puede afirmarse que el motivo o principal propósito de las partes se haya frustrado por el hecho de que una de las prestaciones divisibles y no principal haya devenido imposible²²⁶.

²²⁵ Es típico en la doctrina estadounidense, v. DAWSON, J. P. (“Judicial revision of...”), incluir en estos supuestos los casos de venta de inmuebles con exceso o defecto de cabida en los que el precio ha sido calculado por unidad de medida. Entre nosotros esos tipos de supuestos suscitan un menor interés toda vez que en nuestro ordenamiento merecen una regulación concreta y, además, en cualquier caso, no solucionan el problema de qué ocurre ante la imposibilidad de recalcular las prestaciones ante la imposibilidad parcial de una obligación divisible cuyo precio, sin embargo, ha sido calculado globalmente.

²²⁶ TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 215 y 216) expone que estas conclusiones no parecen haber sido aceptadas por los tribunales ingleses. Sí parece admitirse esta solución en el derecho estadounidense e incluso así se dispone en el art. 2-613 UCC en relación con el deterioro o pérdida total de los bienes vendidos antes de su entrega o transmisión del riesgo. Con todo, es importante destacar que, según el referido artículo (en su apartado b), el comprador tiene derecho a rechazar el cumplimiento parcial. No está obligado a aceptarlo con la respectiva adaptación del precio, salvo que el rechazo del contrato sea contrario a los postulados de la buena fe o abusivo, en cuyo caso puede obligársele a aceptar el

Cuestión (y solución) distinta sería la de determinar que el contrato se ha “frustrado” (en sentido amplio distinto de la institución de la *frustration* del derecho estadounidense) ante la imposibilidad de reajustar un precio calculado globalmente o a tanto alzado y sin un nuevo acuerdo de las partes —por supuesto, el acuerdo de las partes siempre elimina el problema—, debiéndose dejar sin efectos las obligaciones pendientes y deshacer en la medida de lo posible y atendiendo a cada caso concreto las ya realizadas. A estos efectos, en la doctrina inglesa tradicional se vienen diferenciando aquellos supuestos de imposibilidad parcial que frustra el contrato (y provocan su extinción automática) y aquellos supuestos de imposibilidad parcial que no frustran el contrato pero que dan derecho a su extinción. Sin embargo, en el derecho estadounidense, dado que las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias no excusan automáticamente de la prestación, esta distinción no tiene demasiado sentido. Si la imposibilidad o *impracticability* parcial provoca que el contrato no tenga sentido a través del cumplimiento parcial, debe excusarse por completo²²⁷.

cumplimiento parcial (con la correspondiente adaptación del precio, claro está). Sobre este artículo, v. también, WALACH, G.: “The Excuse Defense in the Law of Contracts: Judicial Frustration of the U.C.C. Attempt to liberalize the Law of Commercial Impracticability”. *Notre Dame Lawyer*: vol. 55, 1979-1980, pp. 207 a 209.

²²⁷ En derecho inglés (V. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 214 y 215) si la imposibilidad parcial es lo suficientemente grave para frustrar el contrato, el deudor quedará excusado automáticamente. Si no es así, la parte perjudicada (esto es, el acreedor) podrá solicitar la extinción del contrato. El hecho de que la *frustration* opere automáticamente provoca que tanto una parte como la otra puedan alegarla.

Nótese que esta aplicación automática de la doctrina tendrá lugar incluso cuando las partes, a pesar de haber acontecido el suceso que provoca la frustración del contrato, siguen actuando como si el contrato siguiera en vigor. No puede entenderse, en derecho inglés, que la actitud de las partes (cuando siguen cumpliendo el contrato) se debe a que han llegado a un nuevo acuerdo implícito. La actitud de las partes solo podrá utilizarse para valorar hasta qué punto un determinado suceso es tan grave como para haber frustrado el contrato (V. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 546 a 548).

El referido autor (*Ibidem*, pp. 550 y 551) cree que la postura del derecho inglés es en este punto criticable. Lo ideal sería, en efecto, que fueran las partes (o parte perjudicada) las que optaran por alegar la excusabilidad del cumplimiento o bien por cumplir el contrato en la medida en que este siga siendo viable, aunque sea parcialmente (el autor se refiere principalmente a supuestos en que la frustración del contrato no es total). Lo que no es admisible, en ningún caso, es no optar por la *frustration* cuando el cumplimiento *in natura* sea totalmente imposible o falto de sentido. Lo que no es posible en definitiva es optar por la indemnización de los daños y perjuicios a cambio del cumplimiento de la propia prestación.

Afirman, por otro lado, BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J. (*Anson's Law of...*, p. 498) que la *frustration* no opera automáticamente en el supuesto en que sea el deudor quien, directa o indirectamente, la provoque. En ese caso, solo puede alegarla la otra parte.

A nuestro juicio, sin embargo, si ello ocurre, debería asimilarse a un incumplimiento del contrato. En este sentido también SALMOND, J y WILLIAM, J.: *Principles of the...*, p. 515 y ATIYAH, P.S.: *An Introduction to the Law of Contracts*. Londres: Oxford University Press, Editado por H. L. A. Hart, 1961, p. 141.

Pero, para ir por pasos, antes de intentar de traer algo de luz a estos y otros problemas, es preciso que sigamos desarrollando brevemente la conexión existente entre la imposibilidad de la prestación y las demás figuras que a su albur han ido apareciendo y creciendo hasta desembarcarla por completo.

Con esa finalidad, es preciso volver a destacar que la imposibilidad de la prestación en derecho anglosajón no tiene arraigo como institución. Su fundamento tradicional es, además, débil y comúnmente rechazado por parte de la mejor doctrina²²⁸. No obstante, esa falta de arraigo, tanto en lo que se refiere a su existencia como a su fundamento, lejos de suponer un inconveniente a la hora de ampliar la categoría de la inexigibilidad de la prestación a otras figuras distintas de la imposibilidad, es una oportunidad. Una oportunidad por cuanto, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas de derecho europeo continental (y, en concreto, con el derecho español), el derecho anglosajón no precisa de agrandar los límites de la imposibilidad de la prestación para hacer que en otros supuestos la prestación, aun siendo posible, pueda resultar inexigible.

De hecho, al analizar la doctrina estadounidense que ha tratado sobre la materia se comprueba que la imposibilidad ha sido superada desde una doble perspectiva. De un lado, esta figura solo tiene importancia como especificación de otras figuras más amplias que ella y que la recogen (básicamente la *impracticability* y la *frustration*) y, de otro lado, su fundamento inicial (la existencia de una *implied condition*²²⁹) ha sido ampliamente

En derecho estadounidense, sin embargo, no solo ninguna de las doctrinas relacionadas con el cambio de circunstancias opera automáticamente sino que, además, cualquier comportamiento de las partes contrario a su alegación supone su aceptación a través de la figura del *estoppel* (actos propios). Así se dispuso, por ejemplo, en el caso de *West v. Peoples Natl. Bank & Trust Co* resuelto por el Tribunal Supremo de Pennsylvania el 28 de junio de 1958 (106 A. 2d 427 at 432 (1958)).

²²⁸ Así, entre otros, KULL, A: "Mistake, frustration and...", 37 pp.

²²⁹ Sobre el concepto, alcance y funciones de la *implied condition* en el *common law of contracts*, v. KEITH, A.B.: *Elements of the Law of Contracts*. Londres: Oxford University Press, 1931, pp. 85 a 89 y PATTERSON, E.W.: "Constructive Conditions in Contracts". *Columbia Law Review*: vol. 42, 1942, pp. 943 a 954.

Nótese que parte de la doctrina aún recurría durante los años 60 y 70 a la figura de la condición implícita para explicar el fenómeno del cambio de circunstancias (Cfr. LIGHT, H.R.: *The Legal Aspects of Business and General Principles of Law*. 6ª Ed. Londres: Sir Isaac Pitman & Sons, 1965, pp. 187 a 191; SLATER, J.A. ET ALLI: *Slater's Mercantile Law*. 15ª Ed. Londres: Sir Isaac Pitman & Sons, 1965, p. 100 a 106 y CHARLESWORTH, J.: *Charlesworth's Mercantile Law*. 11ª Ed. Editado por Clive M. Schmitthoff y David A.G. Sarre. Londres: Stevens & Sons, 1967, pp. 93 a 99 y MAJOR, W.T.: *The Law of Contract*. Londres: Macdonald & Evans, 4ª Ed., 1975, p. 199).

superado o, al menos, matizado (por más que, como veremos, no está claro cuál es y debe ser el fundamento de todas las figuras relacionadas con la inexigibilidad de la prestación).

Pero esa doble superación de la imposibilidad de la prestación no solo se puede encontrar en la doctrina que trata sobre la materia sino también en el *Restatement (Second) of Contracts* y en el UCC. Así, en efecto, en el art. 2-615 UCC²³⁰ se regulan de manera genérica los supuestos que excusan el cumplimiento por la falta de las condiciones presupuestas y, como se observa, en el párrafo a) de dicho artículo, lo que se exige es que el cumplimiento tal y como fue acordado sea “impracticable”²³¹. Como es obvio, este último concepto incluye la imposibilidad pero también otros supuestos en lo que la prestación, aun siendo posible, no es exigible²³². Por su parte, en el *Restatement (Second)*

Explica ROSETT, A. (*Contract law and its...*, p. 663) que la falta de reconocimiento jurídico de la exoneración del deudor en determinadas circunstancias conllevó, de un lado, a que en prácticamente cualquier contrato se incluyeran cláusulas de fuerza mayor y, de otro lado, a que en aquellos supuestos en que no se incluían estas cláusulas, los tribunales consideraran que existía una condición implícita. De hecho, parte de la doctrina sigue hablando de una cláusula de fuerza mayor implícita al tratar sobre la *impracticability* (V. SMYTHE, D.J.: “Bounded Rationality, the doctrine of impracticability, and the Governance of Relational Contracts”. *California Western School of Law Review*: mayo-2003, pp. 227 a 267)

Como expone HILLMAN, R.A. (*Principles of Contract Law*. St. Paul (Minnesota): Thomson West, 2004, pp. 306 y 307), la teoría de la *implied condition* probablemente surgió ante la preferencia que los tribunales tienen por la interpretación contractual frente a la integración de la voluntad de las partes.

Sin embargo, como pone de manifiesto MURRAY, JR. J.E. (*Murray on Contracts*. 3ª Ed. Charlottesville (Virginia): The Michie Company, 1990, p. 636), recurrir a la *implied condition* resulta peligroso por cuanto permite a los tribunales llegar a conclusiones a través de una escasa o nula motivación.

En opinión de McELROY, R.G. (*Impossibility of performance...*, p. 67) la figura de la *implied condition* ha provocado que la doctrina de la imposibilidad de la prestación no sea una institución autónoma en el *common law*.

²³⁰ Los antecedentes y los entresijos en la elaboración de este artículo en clave histórica pueden ser consultados en WLADIS, J.D.: “Impracticability as Risk...”, pp. 544 a 567.

²³¹ Gráficamente señalan SMITH, L.Y. ET ALLI (*Smith's and Roberson's Business Law: Uniform Commercial Code*. 5ª Edición. St. Paul (Minnesota): West Publishing Company, , 1982, p. 292) que “[t]he modern and code view of impossibility is that performance needs not be actually or literally impossible, but that commercial impracticability will excuse nonperformance”.

²³² A pesar de que en el art. 2-615 UCC solo se incluye la figura de la *impracticability*, en los comentarios oficiales al UCC, en concreto en el comentario 3º, se establece que la figura de la *impracticability* sustituye de facto a las doctrinas de la *impossibility* y la *frustration*. De hecho, el UCC se refiere en exclusiva a la “Commercial impracticability” con el propósito de resaltar el criterio comercial elegido a la hora de regular la figura. (Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE: *Uniform Commercial Code: 1972 Official Text. With Comments*. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1972, p. 172.)

No puede dejar de señalarse que en los arts. 2-613 y 2-614 UCC se regula específicamente la pérdida de los bienes (inimputable al deudor), de un lado, y la imposibilidad de entregar los bienes por los medios de transporte acordados (también inimputable al deudor), de otro lado. Estos artículos, a nuestro

of *Contracts* se regula la exención del cumplimiento ante la *frustration* y la *impracticability* pero no, de forma independiente, la imposibilidad de la prestación. Esta figura está incluida en el concepto de *impracticability*²³³.

En cuanto al fundamento de todas las figuras relacionadas con la inexigibilidad de la prestación que han venido a sustituir a la imposibilidad (aun incluyéndola implícitamente), parece que la primera opción consiste en acoger el modelo tradicional de la imposibilidad pero ampliando su supuesto de hecho: la condición implícita de las partes no solo consistiría así en someter el cumplimiento de las obligaciones a la posibilidad del cumplimiento, sino también a que este fuera mucho más difícil aunque posible (*impracticability*) o a que no tuviera sentido para las partes (*frustration*). La otra opción consiste en buscar otro fundamento.

juicio, no son sino una especificación de lo regulado en el art. 2-615 UCC. Por otro lado, curiosamente, en los arts. 309 y 336 del *Restatement* se regulan las posibles excepciones que el deudor puede alegar frente al beneficiario o cesionario de un contrato y entre esas defensas no se incluye la *impracticability* pero sí la *impossibility*. Ello, en realidad, no implica que una figura esté admitida como excepción y la otra no, sino que ambos términos son utilizados como sinónimos.

V. también al respecto, PERILLO, J.M.: *Calamari and Perillo...*, p. 513. Expone este autor (*Ibidem*, p. 529) que la eliminación del término *impossibility* para englobarlo en el concepto de la *impracticability* ya comenzó a gestarse en el primer *Restatement of Contracts*.

Sin embargo, como expone BURBY, W.E. (*Law Refresher: Contracts*. 3ª Ed. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1963, p. 136), en el primer *Restatement* se mantuvo el término imposibilidad, aunque se aclaró que en él se incluía el concepto de *impracticability*. Los términos literales del primer *Restatement* (art. 454) eran los siguientes: “[...] impossibility means not only strict impossibility but *impracticability* because of extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss involved”.

V. al respecto también, sobre este tema, LAWRENCE, L.: *Lawrence’s Anderson on the Uniform Commercial Code*. Vol. 4: 2-510 to 2-616. 3ª Ed. Eagan (Minnesota): Thomson/West: 2006, pp. 884 y 885.

Además, como afirma SAWADA, J. T. (*Subsequent Conduct and Supervening Events: A Study of Two Selected Problems in Contract Jurisprudence*. Tokyo/Ann Arbor (Michigan): University of Tokyo Press y University of Michigan Law School, 1968, p. 106), si la *impracticability* excusa el cumplimiento del vendedor también lo hace la imposibilidad.

²³³ No ocurre lo mismo en el derecho inglés, en el que la imposibilidad sigue teniendo carta de naturaleza propia y, en cambio, la *impracticability*, como norma general, no excusa el cumplimiento. Al respecto, no sin cierta ironía, expone TREITEL, G.H. (*The Law of...*, pp. 880 y 881) lo siguiente: “For this reason the current trend in the United States is to abandon the very words “impossible” and “impossibility” and to use instead the terms “impracticable” and “impracticability”.

A pesar de que la imposibilidad de la prestación siga estudiándose, del mismo modo que la ilegalidad, como una institución autónoma en el derecho inglés, también se incluye en el concepto de *frustration* (Cfr. SALMOND, J y WILLIAM, J.: *Principles of the...*, pp. 508 y 509 y BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J.: *Anson’s Law of...*, p. 476.)

Hacia dónde se inclina la jurisprudencia y la doctrina anglosajona es una cuestión que analizaremos seguidamente al tratar por separado las figuras de la *impracticability* y la *frustration*. Lo que sí parece claro, y se puede adelantar desde ya, es que la explicación puramente subjetiva basada en la voluntad contractual cuyo máximo exponente es la teoría de la condición implícita no ha sido rechazada o superada completamente (por más que sus carencias sean *communis opinio*). Así se refleja claramente de nuevo en los textos a los que acabamos de hacer referencia. En el primero de ellos, el UCC, para exonerar al deudor del cumplimiento de la obligación que ha devenido “impracticable” se exige que ocurra un acontecimiento cuyo no acontecimiento las partes asumieron como básico²³⁴. Del mismo modo, en el *Restatement (Second) of Contracts*, al regular las figuras de la *impracticability* y la *frustration*, se establece que lo que debe hacer la prestación “impracticable” o frustrar el principal propósito o motivo de las partes es también un evento cuyo no acontecimiento las partes asumieron como básico al tiempo de perfeccionar el contrato (aunque no lo hubieran tenido en consideración, en absoluto)²³⁵.

Además, tanto en un texto como en el otro se subordina la aplicación de estas doctrinas a que no se haya pactado otra cosa o a que del contrato no se deduzca que las partes asumieron el riesgo del cambio de circunstancias. Ello evidencia, junto a la exigencia de que la no ocurrencia del cambio de circunstancias finalmente acontecido fuera una asunción básica de las partes, que se pretende conectar las figuras de la *impracticability* y la *frustration* a la voluntad contractual. Lo que no está tan claro es que la “*basic assumption*” aporte algo a la doctrina de la “*implied condition*” ni que alguna de las dos conecte, más que superficialmente, las doctrinas relativas a la inexigibilidad contractual con la voluntad de las partes²³⁶.

²³⁴ Los términos exactos del art. 2-615 son los siguientes: “[...] (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.[...]”

También se incluyen aquellos supuestos en los que las partes esperaban que ocurriera un acontecimiento que finalmente no ocurre. Así, LORD, R.A.: *Williston on Contracts*..., p. 309.

²³⁵ Así se deduce sin duda de la nota introductoria al capítulo 11 del Restatement: “[...] in order for the parties to have had such a “basic assumption” it is not necessary for them to have been conscious of alternatives”

²³⁶ SMITH, S.A. (*Atiyah's Introduction to...*, p. 189 a 191) asimila la *implied condition* a una asunción objetiva de las partes al tiempo de contratar. Parece, de hecho, que el elemento de la *basic*

El recurso a la voluntad de las partes y, en concreto, a las construcciones de la *implied condition* y la *basic assumption* también pueden ser encontradas en autores modernos. Así, por ejemplo, para parte de la doctrina, la imposibilidad, la *impracticability* y la *frustration* siempre parten de la voluntad (implícita o explícita de las partes); la única diferencia entre las doctrinas reside en el elemento que provoca la necesidad de su aplicación: en la imposibilidad, el cumplimiento no es posible, y en la *impracticability* y la *frustration*, por distintas razones, a pesar de que el cumplimiento es posible, no resulta exigible²³⁷.

Así, se ha venido a decir que en el supuesto de *Taylor v. Caldwell* las partes implícitamente habían acordado que el local debía estar en condiciones para ser utilizado, por lo que su destrucción provocaba la imposibilidad de cumplir el contrato. También se ha dicho, por esta misma doctrina y también en relación con este caso, que en el supuesto en que se considerara que implícitamente no se había acordado nada sobre las condiciones del local, se debería haber acudido a la doctrina de la *frustration*, por cuanto el cumplimiento seguiría siendo posible (las partes nada habían acordado sobre el estado del local), pero se habría frustrado el propósito del contrato²³⁸. Ello demuestra, como acabamos de avanzar, que parte de la doctrina estadounidense sigue recurriendo a disquisiciones subjetivistas a la hora de explicar las teorías relacionadas con la excusa del cumplimiento.

assumption tiene su origen en la objetivización en el derecho inglés del elemento de la *implied condition*. En efecto, parte de la doctrina anglosajona también habla de la base del contrato al tratar de la *frustration* (en sentido amplio). Así, por ejemplo, BORRIE, G.J. (*Stevens and Borrie's Elements of Mercantile Law*. 16ª Ed. Londres: Butterworths, 1973, p. 96): “[...] the doctrine has no application unless the happening of the event is assumed by both parties to be the sole basis of the contract”.

De hecho, parece que los redactores del art. 2-615 pretendían igualar el requisito de la *implied condition* y el de la *basic assumption*, aunque aportando una mayor flexibilidad a la doctrina tradicional (V. WLADIS, J.D.: “Impracticability as Risk...”, pp. 568 y 569).

V. también SCHLEGEL, H. J.: “Of Nuts, and...”, p. 442 y 443.

²³⁷ Parte de la doctrina incluso llega a afirmar que en muchas ocasiones los problemas y casos relacionados con la alteración sobrevenida de las circunstancias (*frustration* en sentido amplio) podrían solucionarse a través de la doctrina de los actos propios (*estoppel*) si se atiende a que el cumplimiento ante el cambio de circunstancias es contrario a la intención de ambas partes (Cfr. ROGERS, A.: “Frustration and Estoppel”, en AA.VV.: *Force Majeure and Frustration of Contract*. Editado por Ewan McKendrick. Londres: Lloyd's of London Press Ltd., 1991, pp. 73 a 81.)

²³⁸ Cfr. KIM, N.: “Mistakes, changed circumstances...”, pp. 473 a 516.

Que la imposibilidad no puede ser el único evento ante el que una parte quede liberada de su obligación contractual parece indubitado en derecho estadounidense. Es comúnmente aceptado en la doctrina y la jurisprudencia que existen más factores, además de la imposibilidad, que deben hacer la prestación inexigible. Sobre lo que ya no existe conformidad sino conflicto o confusión es en el origen de esas otras figuras y su relación con la imposibilidad de la prestación y su fundamento. Lo comprobamos a través de su estudio.

4.4 La *impracticability* en el derecho estadounidense

La imposibilidad de la prestación exige, ya lo hemos avanzado también en relación con el derecho anglosajón, que esta no sea posible de cumplir en sentido objetivo y absoluto. Esta doctrina, en el *common law*, fue con el tiempo evolucionando y adaptándose a la realidad social y económica para incluir en su seno otros supuestos con una parecida razón de ser. En efecto, la doctrina de la imposibilidad se fue extendiendo así hasta convertirse en la ahora conocida *impracticability*, llegando esta última a cobrar verdadera autonomía y a desplazar o sustituir a la primera²³⁹. Hasta tal punto ha llegado ese desplazamiento que en la doctrina estadounidense se ha llegado a afirmar que el actual “derecho de la *impracticability*” fue históricamente conocido como el “derecho de la imposibilidad”²⁴⁰.

²³⁹ Esta afirmación se circunscribe en exclusiva al derecho estadounidense. En el derecho inglés no se acepta con carácter general la figura de la *impracticability*. Sí se acepta la imposibilidad, en cambio.

En TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 289 a 291) pueden consultarse numerosos supuestos resueltos por los tribunales ingleses en los que expresamente se rechaza la inclusión de la figura de la *impracticability*. Expone este autor que la *impracticability* en el derecho inglés solo ha sido reconocida cuando ha venido acompañada por otros factores, tales como a) la imposibilidad temporal, b) la imposibilidad del método de cumplimiento o; c) la ilegalidad del método de cumplimiento tal y como estaba previsto.

No faltan voces entre la doctrina inglesa que abogan por aplicar la figura de la *frustration* a la subida de costes en determinados supuestos especialmente graves (sí se resiste esta doctrina, como se ve, a acoger el término de *impracticability*). V. en este sentido a BEATSON, J.: “Increased Expense and Frustration” en AA.VV.: *Consensus Ad Idem: Essays on the Law of Contract*. Editado por F.D. Rose. Londres: Sweet & Maxwell, 1996, pp. 121 a 141. En este sentido también, aunque muy crítico con el uso del término *frustration* en estos casos, McELROY, R.G. (*Impossibility of performance...*, pp. 170 y 171).

²⁴⁰ Para ahondar en los entresijos de esta evolución resulta indispensable la consulta y detallado estudio de la obra, ya clásica en el derecho estadounidense, de Williston, que ha sido revisada y puesta al día por LORD, R.A.: *Williston on Contracts...*, pp. 277 a 287.

El primero de los supuestos en los que se recoge la doctrina de la *impracticability* es el caso *Mineral Park Land Co. v. Howards*²⁴¹. En este caso, el tribunal concluyó que el deudor, que se había obligado a proporcionar grava a cambio de un determinado precio, debía quedar liberado de su obligación por cuanto el coste de la excavación para obtener la grava comprometida excedía diez veces el precio fijado en el contrato²⁴². En este caso la prestación era físicamente posible. Sin embargo, en opinión del tribunal, la “impracticabilidad” comercial debía equipararse a la imposibilidad de la prestación. Según la doctrina establecida en este supuesto por el juez Sloss “*a thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable, and a thing is impracticable when it can only be done at excessive and unreasonable cost*”.

Parece así que, con este caso, nace una nueva figura que permite al deudor desligarse de su obligación. Así, de un lado, la prestación no tiene que cumplirse en el supuesto en que objetiva y absolutamente no pueda cumplirse (imposibilidad) y, de otro lado, la prestación será “impracticable” —y tampoco deberá cumplirse— cuando su cumplimiento suponga un coste excesivo o irrazonable para el deudor (en ambos casos, sin culpa del deudor)²⁴³. Se afirma en la doctrina estadounidense que *Mineral Park Land Co. v. Howards* y el tratamiento que en él se realiza de la *commercial impracticability* es

²⁴¹ [172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916)]. Este supuesto fue resuelto por el Tribunal Supremo del estado California.

Una recensión sobre este caso puede encontrarse en PARKINSON O. C.: “Excuse of performance by existence of condition causing unforeseen expense”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, p. 977.

Fueron los tribunales de California los primeros que acogieron la doctrina de la *impracticability* como una derivación de la doctrina de la *impossibility*. Los tribunales del resto de Estados Unidos tardaron más tiempo en aceptar esta doctrina. Así, por ejemplo, en el caso de *Ellis Gray Milling Co. v. Sheppard et al.* (359 Mo. 505, 222 s. W.2d 742), el Tribunal Supremo de Missouri se refiere a la doctrina aplicada por los tribunales de California pero al mismo tiempo afirma que “There is general authority both ways on the effect of an “unforeseen impossibility” as frustrating, or discharging the promisor from the performance of his contract. So far as we can find, the rule in this state [...] has not been departed from, that “if a party, by his contract, charge himself with an obligation possible to be performed, he must take it good unless its performance is rendered impossible by an act of God, the law, or the other party. Unforeseen difficulties, however great, will not excuse him”.

²⁴² Se pregunta ROSETT, A. (*Contract law and its...*, p. 666) hasta qué punto el tribunal en este caso no está poniendo en duda la adecuación del elemento de la *consideration*.

²⁴³ Expone NEHF, J.P. (*Corbin on contracts...*, p. 85) que en este caso el tribunal parece equiparar la *impracticability* ya existente en el momento de contratar con la *impracticability* sobrevenida.

el punto de partida de los redactores del UCC y el *Restatement (Second) of Contracts* en esta materia.

La imposibilidad y la *impracticability* se diferencian en lo que respecta a su supuesto de hecho pero son idénticas en lo que se refiere a su fundamento y consecuencias. En efecto, el origen y fundamento de la *impracticability*, al menos teórico o presunto, sigue estando en la voluntad contractual²⁴⁴. Las partes implícitamente consintieron en no quedar obligadas en supuestos en los que la prestación deviniera imposible, y también (consintieron en no quedar obligadas) en aquellos otros supuestos en los que, aun siendo posible, el cumplimiento debía ser llevado a cabo con un coste o esfuerzo fuera de lo razonable. Las consecuencias, al menos por asimilación, son en ambas doctrinas las mismas: la liberación del deudor de la prestación y el surgimiento de los mismos problemas en cuanto a la obligación correspondiente del acreedor que ya surgían en el tratamiento de la imposibilidad, esto es, ¿debe ser abonada la contraprestación al ser posible y “practicable”? Y en caso de que se conteste negativamente a la anterior pregunta, ¿cuál es el fundamento que excusa al acreedor de la prestación imposible o “impracticable” para no cumplir con su propia prestación?

La ampliación de la categoría de la inexigibilidad de la prestación ha provocado que, de facto, haya desaparecido (o casi²⁴⁵) la figura de la imposibilidad: ya no es necesario establecer diferencias entre la *impracticability* y la *impossibility*, pues tampoco son diferentes, a priori, sus consecuencias: la total liberación del deudor. Quizás sea ello lo que explique que la regulación de la imposibilidad en el *Restatement (Second) of Contracts* y en el UCC sea muy residual. Lógicamente, la explicación no se encuentra en la eliminación de la imposibilidad como tal sino en su inclusión en los supuestos de la *impracticability*. Y esta tendencia, consistente en englobar dentro de la figura de la

²⁴⁴ Hasta tal punto es así que HUNTER, H.O. (*Modern Law of Contracts. Vol. II.* Saint Paul (Minnesota). West: 2012, p. 243) expone que la imposibilidad no es exoneratoria cuando resultaba tan probable que debió ser prevista al tiempo de contratar.

Nótese, sin embargo, que parte de la doctrina aboga por objetivizar la imposibilidad de la prestación. Así, expone GERGEN, M.P. (“A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts”. *Indiana Law Journal*: vol. 75, enero-1995, pp. 52 y 53) que en supuestos de total imposibilidad de la prestación no debería exigirse el elemento de la imprevisibilidad.

²⁴⁵ Sigue habiendo algún resquicio, al menos formal, de la imposibilidad en los arts. 2-613 y 2-614 UCC y 309 y 336 del *Restatement (Second) of Contracts*.

impracticability los supuestos de imposibilidad de la prestación, evidencia que los límites de la prestación no se encuentran en la posibilidad de la misma, sino en otros factores²⁴⁶.

Sin embargo, por más que la imposibilidad y la *impracticability* pueden equipararse en cuanto a sus consecuencias (la liberación del deudor), el distinto supuesto de hecho del que ambas figuras parten puede provocar una variación en las consecuencias de la *impracticability* en relación con las consecuencias tradicionales de la *impossibility*. Si la prestación sigue siendo posible (tal y como ocurre cuando la prestación es mucho más difícil de cumplir), puede optarse por una consecuencia distinta a la de la liberación del deudor. Quizás baste, en efecto, con adaptar el contrato bien mediante el ajuste de la prestación que ha devenido “impracticable”, bien mediante el ajuste de la contraprestación o bien de mediante el ajuste de ambas.

4.4.1 *Requisitos de aplicación de la impracticability en el Restatement y en el UCC*

Como ya hemos podido comprobar con anterioridad, en los artículos 261 del *Restatement (Second) of Contracts* y 2-615 UCC se establece que el deudor no debe cumplir con sus prestación si esta se vuelve “impracticable”.

²⁴⁶ En el UCC ha redefinido la imposibilidad, incluyéndola en el supuesto más genérico de la *impracticability*. Lo mismo ha ocurrido con el *Restatement*. Además, en ambos textos, se ha acogido la fórmula de la *basic assumption*, similar a la de la *implied condition*, acercando así las figuras relacionadas con la alteración de las circunstancias al error como vicio del consentimiento. De hecho, nótese que en los arts. 2-613 y 2-614 del UCC se regulan otras formas de *impracticability* que, en realidad, no vienen provocadas por una alteración sobrevenida de las circunstancias sino por la imposibilidad de cumplir ante la destrucción o desaparición de los bienes objeto del contrato o ante la imposibilidad de transportarlos a su destino.

Un estudio detallado del UCC nos lleva a concluir que la imposibilidad ha sido, en efecto, sustituida por el concepto de la *impracticability*. Esta *impracticability* puede venir provocada por un cambio de las circunstancias o no. En este trabajo solo nos ocupamos de la *impracticability* provocada por el cambio sobrevenido de circunstancias. Sobre las diferencias entre los tipos de *impracticability*, v. LORD, R.A. (*Williston on Contracts...*, p. 280): “This U.C.C. provision [se refiere al art. 2-615] excuses a seller from the timely delivery of goods, but only where it becomes commercially impracticable due to unforeseen, supervening circumstances that the parties had not contemplated when the contract was made. Where the goods are destroyed, or the use of substituted performance on points other than delay or quantity are concerned, other sections of the Uniform Commercial Code apply”.

➤ Primer requisito: ajenidad.

Según el artículo 261 del Restatement, para excusar el cumplimiento sobre la base de la *impracticability*, es necesario, en primer lugar, que no haya culpa o comportamiento negligente de alguna de las partes en la causación de la *impracticability* —*without fault*— (primer requisito: neutralidad o ajenidad²⁴⁷). Este mismo requisito se encuentra también en el art. 2-615 UCC al exigir que el deudor haya tomado todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento²⁴⁸. Se incluye en este elemento de la ajenidad el requisito, reflejado en el UCC, de que el “vendedor” (o deudor de la prestación característica) notifique con la suficiente antelación el retraso o “impracticabilidad” en la entrega de las mercancías²⁴⁹.

²⁴⁷ La causa que hace que la prestación del deudor se torne “impracticable” debe resultarle totalmente ajena. Ajena en tanto en cuanto no ha sido el deudor el que ha provocado la *impracticability* y ajena en la medida en que el deudor no ha asumido o debido asumir el riesgo (para ello debe atenderse, como veremos, al factor de la *foreseeability*). En ocasiones, la causa de la *impracticability* puede ser fácilmente identificada (por ejemplo, un incendio o un embargo comercial que afecte al precio del producto objeto del contrato) pero en ocasiones precisará de un mayor análisis probatorio al concurrir varias circunstancias que hayan podido provocar la *impracticability*, algunas de ellas no ajenas al deudor. Al respecto, exponen SCHWARTZ, A. y SCOTT, R. E. (*Commercial Transactions: Principles...*, p. 416) un supuesto en que el precio en el mercado de un determinado producto se incrementa sustancialmente, en parte por una restricción de la oferta y en parte por un cambio de preferencias del consumidor.

Sobre la ajenidad y su diferencia con la culpa en el derecho anglosajón, v. WALACH, G.: “The Excuse Defense...”, p. 203. V. también a HILLMAN, R.A.: “The Future of Fault In Contract Law”. *Cornell Law School Research paper*: paper nº 12-34, 2012, 32 pp. (disponible en <http://ssrn.com/abstract=2121374>).

²⁴⁸ Cfr. WHITE, J.J. y SUMMERS, R. S.: *Uniform Commercial Code...*, pp. 143 y 144.

²⁴⁹ Expone NEHF, J.P. (*Corbin on contracts...*, p. 60) que los tribunales vienen decidiendo caso por caso cuál es la trascendencia de la falta de o retraso en la notificación. En muchos casos los tribunales consideran que no deben dejar de aplicar la figura si la contraparte ya tenía conocimiento o debía conocer las circunstancias que provocaban la *impracticability* con independencia de la notificación.

La ajenidad no es sinónimo de externalidad sino de ausencia de asunción de riesgo. Ello es lo que explica, por ejemplo, que en algunos supuestos una huelga de trabajadores pueda suponer la excusa (temporal o definitiva del cumplimiento). V. en este sentido a SPIVACK, C.: “Of Shrinking sweatsuits and poison vine wax: a comparison of basis for excuse under U.C.C. 2-615 and CSIG article 79”. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*: vol. 27, otoño-2006, pp. 757 a 802.

Si la huelga de trabajadores es causa de excusa del cumplimiento dependerá de las circunstancias concretas del caso y, específicamente, de si ese fue un riesgo asumido (o que debe ser asumido) por el deudor. Así se expuso en el caso de *Mishara Construction Co. v. Transit-Mixed Concrete Corp.*, resuelto en el año 1974 por el Tribunal Supremo de Massachusetts (365 Mass. 122, 310 N.E.2d 363).

Afirman SCHMITT, M.A. y WOLLSCHLAGER, B.A. (“Section 2-615. Commercial Impracticability: Making the Impracticable Practicable”. *Commercial Law Journal*: vol. 81, 1976, p. 13) que tradicionalmente en el derecho de contratos las huelgas han excusado el cumplimiento de la prestación.

En relación con el requisito de la ajenidad, expone la doctrina que no solo excluye actos voluntarios o “dolosos” sino también todos aquellos que constituyan un incumplimiento contractual imputable, negligente o no²⁵⁰. Como ejemplo de la falta de cumplimiento de este requisito no causado por un acto u omisión voluntaria se trae a colación el caso hipotético de una gran compañía en la que un determinado riesgo es ajeno para un departamento pero no para otro. En ese caso no se cumple el requisito de la ajenidad del cambio de circunstancias²⁵¹.

El requisito de la ajenidad no debe identificarse con la falta de culpabilidad en la materialización de un determinado riesgo. Al respecto, la mejor doctrina anglosajona establece que la aplicación de cualquier doctrina relacionada con la alteración sobrevenida de las circunstancias exige que la materialización del riesgo no esté bajo el control del deudor y no solo que esa materialización no se deba a su falta de diligencia²⁵². También

²⁵⁰ Cfr. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 524 a 526.

²⁵¹ LORD, R.A.: *Williston on Contracts...*, p. 280.

²⁵² TREITEL, G.H. (*The Law of...*, p. 870) cita dos casos en la jurisprudencia inglesa para distinguir la falta de negligencia y la ausencia de control o de asunción de un determinado riesgo. En el primero de ellos, *Lewis Emanuel & Sons Ltd v. Sammut* (1959 2 Lloyd's Rep. 629), se estableció la responsabilidad de un transportista al no poder transportar unas mercancías ante la falta de espacio en el barco destinado al transporte de las mercancías y, en cambio, en *Joseph Constantine SS Line v. Imperial Smelting Corp Ltd*. (1942 A.C. 154), no se excusó al deudor del cumplimiento ante la destrucción del barco por una explosión. La diferencia entre ambos casos estriba en que en el primero la falta de espacio era una circunstancia bajo el control del transportista (que sin embargo había sido diligente) y en el segundo, la explosión que hizo imposible el transporte era ajena al control del deudor. El citado autor (*Ibidem*, p. 870) lo expresa del siguiente modo: “[...] in the first case the seller *undertook* that the particular ship would remain available; while in the second the partys merely *assumed* that the particular ship would remain available; and that it is impossibility resulting from the failure of such a common assumption that leads to discharge”.

El requisito de la ajenidad también puede romperse a través de omisiones (Cfr. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 533 a 536) siempre que se establezca que ha sido la omisión lo que ha provocado la alteración de circunstancias.

En la doctrina estadounidense se relaciona, aunque sea implícitamente, este requisito con la asunción de riesgos. Hasta tal punto es así que llega a afirmarse que si un determinado evento podía haberse previsto, los efectos de ese evento deben ser asumidos por las partes. V. WHITE, W.R.: *Introduction to the Law and Law of Contracts*. Nueva York: Pace & Pace, 1958, p. 149.

Las diferencias entre la negligencia y la ajenidad se explicitan también a la perfección en el supuesto de *J. Lauritzen AS v. Wijsmuller BV (The Super Servant Two)* [1990 1 Lloyd's Rep. 1, 8.]. Al respecto, sobre este caso, expone McKENDRICK, E.G. (“Discharge by Frustration...”, p. 1347) lo siguiente: “[...] a legalistic strait-jacket” and distracted attention from the real question, which is “whether the frustrating event relied upon is truly an outside event or extraneous change of situation or whether it is and event which the party seeking to rely on it had the means and opportunity to prevent but nevertheless caused or permitted to come about”.

exponen estos autores que, sin embargo, para excluir la aplicación de las doctrinas no basta con demostrar que la parte que pretende la excusa del cumplimiento de su obligación ha incurrido en un incumplimiento contractual, cualquiera que este sea. De hecho, se aduce, si el incumplimiento no tiene ninguna relación causal con la “imposibilidad” de cumplir la obligación, aún es posible aplicar la doctrina si se cumplen todos sus requisitos²⁵³. En cuanto a la carga de la prueba, se exige en derecho estadounidense que sea la parte que pretende la aplicación de la *impracticability* (también de la *impossibility*) quien demuestre que el acontecimiento sobrevenido era ajeno a su voluntad²⁵⁴. En derecho inglés, en cambio, debe ser la parte que rechaza la aplicación de la doctrina quien pruebe que la *impracticability* fue autoinducida o, en otras palabras, que no fue ajena al deudor.

➤ Segundo requisito: dificultad de la prestación o “*impracticability*”

En cuanto al elemento más importante para la apreciación de la *impracticability*, esto es la dificultad de la prestación, ni el *Restatement (Second) of Contracts* ni el UCC definen cuál es la dificultad exigida. Esta falta de definición, también presente como norma general en la doctrina, quizás venga provocada por el hecho de que lo que es *impracticable* o no depende de cada caso concreto y de la valoración que el tribunal haga de cuál fue el compromiso del deudor. Obsérvese, además, que lo que debe considerarse *impracticable* depende también del tipo de obligación asumida y de las características del cambio de circunstancias²⁵⁵. Así, en efecto, resulta obvio que si el deudor se ha obligado a proporcionar cierto resultado, queda obligado a proporcionar dicho resultado por muy difícil que le pudiera resultar. La única excepción a esa obligación es que el

Este caso también resulta destacable porque en él se exponen las características y requisitos de la doctrina de la *frustration* en el derecho inglés. La doctrina a) debe servir para escapar del resultado injusto que en ocasiones provoca una responsabilidad contractual de tipo absoluto; b) debe ser interpretada muy restrictivamente; c) opera automáticamente y; d) se basa en que el elemento que causa la *frustration* es ajeno a la parte que pretende la aplicación de la doctrina.

²⁵³ Cfr. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, p. 529.

²⁵⁴ Cfr. TREITEL, G.H.: *Ibidem...*, pp. 543 y 544. Expone este autor, asimismo, que esta es también la tendencia en el derecho europeo continental (*civil law*), en el que, siempre según el autor, se pretende limitar el papel de la culpa (*fault*) en el establecimiento de la responsabilidad.

²⁵⁵ Expone DUESENBERG, R.W. (“Contract Impracticability: Courts Begin to Shape 2-615”. *The Business Lawyer*: vol. 32, nº 3, abril-1977, p.1093) que a la dificultad en la definición del concepto de *impracticability* se une el agravante de que este concepto vaya siempre acompañado de otros factores como el de la previsibilidad.

cumplimiento se torne prácticamente imposible a causa un suceso que las partes compartieron como básico que no tendría lugar y que provoca que el cumplimiento sea “impracticable”.

La excusa del cumplimiento ante la *impracticability* derivada de una alteración sobrevenida de las circunstancias exige que el cumplimiento sea prácticamente imposible (no basta con que sea dificultoso para el deudor²⁵⁶) pero también que esa práctica imposibilidad se produzca como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias. No debe aplicarse la figura si el cumplimiento ya era prácticamente imposible incluso aunque no se hubieran alterado las circunstancias²⁵⁷. Lo relevante es si una circunstancia imprevista y cuyo riesgo (de que aconteciera) no ha sido asumido por

²⁵⁶ Como ejemplo útil para diferenciar la *impracticability* de la mera dificultad de la prestación, podría citarse el supuesto de *B's Co. v. B. P. Barber & Associates, Inc* (391 F.2d 130 (4th Cir. 1968), en el que los tribunales federales de Estados Unidos negaron a una empresa de ingeniería la excusa de la obligación que había suscrito con un constructor, consistente en la instalación de una red de comunicaciones bajo un río, a pesar de que la empresa había dedicado todos los esfuerzos que estaban a su alcance para hacer posible el cumplimiento. La negación de la excusa del cumplimiento se basó en que se había demostrado que otras empresas sí eran capaz de realizar el trabajo. Nótese como, en este caso, la dificultad para cumplir la obligación no había venido provocada por una alteración de las circunstancias. Si así hubiera sido, para aplicar la doctrina de la *impracticability* (o bien para desestimarla) el tribunal debería haber analizado cuánto más dificultoso se había vuelto el cumplimiento a causa del cambio de circunstancias. La dificultad excesiva (no la mera dificultad) y el nexo causal con la alteración de circunstancias son ambos elementos indispensables para la aplicación de la doctrina.

En este sentido, se pronuncia LORD, R.A. (*Williston on Contracts...*, p. 338): “A mere difficulty of performance does not ordinarily excuse the promisor. However, where a great increase in expense or difficulty is caused by unanticipated circumstances that are inconsistent with the facts obviously assumed by the parties, there lies a basic reason to excuse the promisor from liability”.

Al respecto también puede traerse a colación el supuesto de *United States v. Wegmatic* [360 F.2d 674 (1966)], resuelto en 1966 por el 2º circuito del Tribunal Federal de Apelaciones, y según el cual un ingeniero no debía quedar liberado de un proyecto por el que se había obligado frente al gobierno de Estados Unidos para desarrollar un sistema informático por mucho que hubieran surgido dificultades técnicas. No puede, según el tribunal, considerarse este caso como uno de *impracticability* toda vez que el resultado, esto es, el desarrollo del sistema sigue presentándose como posible y factible: “[...] a promisor's duty is never discharged “by the mere fact that supervening events deprive him of the ability to perform, if they are not such as to deprive other persons, likewise, of ability to render such a performance”.

A pesar de que este supuesto parece resuelto correctamente, parte de la doctrina pone de manifiesto que la aplicación de las doctrinas de la *impossibility* o de la *impracticability* en contratos en los que el gobierno es parte es, sin duda, menos frecuente. Los tribunales son, en efecto, más reticentes a aplicarla. V., por ejemplo, en este sentido, a CUNEO, G.A y CROWELL, E.H : “Impossibility of Performance..., pp. 531 a 551.

²⁵⁷ Este caso también puede ser un supuesto de excusa del cumplimiento si las partes desconocieran el factor que hacía el cumplimiento imposible. Al respecto, adviértase que en el *Restatement*, en su art. 266, se excusa el cumplimiento del deudor ante la *impracticability* o *frustration* existente y desconocida al tiempo de contratar. Este supuesto, sin embargo, se asimila más a uno de error en el consentimiento que al cambio de circunstancias.

ninguna de las partes ha provocado que el cumplimiento sea radicalmente distinto (radicalmente más difícil si se trata de la *impracticability*) a lo previsto.

➤ Tercer y cuarto requisito: asunción básica de las partes y no asunción del riesgo

En tercer lugar, tal y como se acaba de avanzar, se exige en el *Restatement (Second) of Contracts* que la *impracticability* venga provocada por un determinado suceso que las partes asumieron en el momento de contratar que no ocurriría (*basic assumption*). Obviamente, si en el contrato se ha asumido o previsto que ese suceso podría acontecer, por mucho que la prestación resulte más difícil de cumplir ante el cambio de circunstancias, el deudor no debe ser exonerado de su deber de cumplimiento. Al respecto, en el apartado *d*) del art. 2-615 UCC también se establece que si el “vendedor” ha asumido por pacto el riesgo de la mayor dificultad del cumplimiento ante el cambio de circunstancias, tampoco puede aplicarse la doctrina de la *impracticability*²⁵⁸.

En cualquier caso, debe tenerse en consideración que tanto en el UCC como en el *Restatement (Second) of Contracts* se diferencian el requisito de la *basic assumption* y el de la asunción contractual del riesgo: ambos se relacionan pero no se identifican. El requisito de la *basic assumption* es previo a cualquier otro y esencial para la aplicación de

²⁵⁸ La mejor doctrina estadounidense también establece que la *impracticability* no es aplicable en supuestos en que una de las partes, la que pretende la aplicación de la doctrina, ha asumido el riesgo del cambio de circunstancias. Así, LORD, R.A.: *Williston on Contracts*..., p. 278.

Esta asunción puede ser explícita o derivarse de las circunstancias y usos comerciales vigentes en el momento de contratar (V. LAWRENCE, L.: *Lawrence's Anderson on*..., p. 837).

Lo que no permite el UCC (V. art. 2-616) es que haya supuestos aún más flexibles que los estipulados en su seno en los que el vendedor pueda ver excusada su prestación: “The provision of this section may not be negated by agreement except in so far as the seller has assumed a greater obligation under the preceding section”.

Critican esta última especificación del art. 2-616 (la califican de rara) FONSECA, P.F y FONSECA, J.R.: *The Law of Modern Commercial Practices. Vol. I*. Eagan (Minnesota): 2ª Ed. Revisada, 2011, p. 650.

Desde luego, tampoco es suficiente con la demostración por parte del deudor de que el contrato no le proporcionará beneficios o que tendrá pérdidas. Así se establece claramente en el caso, resuelto en 1981 por los tribunales de Lousinana (*United States District Court, Eastern District of Louisiana*), de *Louisiana Power & Light Co. v. Allegheny Ludlum Industries, Inc.* (517 F.Supp. 1319): “[...] The party seeking to excuse his performance must not only show that he can preform only at a loss but also that the loss will be especially severe and unreasonable”.

la *impracticability*. A partir de ahí, la apreciación de la figura depende, además, de que el lenguaje del contrato o las circunstancias concurrentes no excluyan esta aplicación (asunción contractual del riesgo). A pesar de esta diferenciación, este requisito, consistente en que del contrato o de las circunstancias no se pueda entender excluida la aplicación de la *impracticability* confluye, aunque sea parcialmente, con el requisito de la *basic assumption*.

Así, en efecto, si del contrato o de las circunstancias se deduce que las partes asumieron el riesgo del cambio de circunstancias, simplemente no puede entenderse que hubo una *basic assumption* de que un determinado suceso no ocurriría. Obsérvese que en este caso la asunción del riesgo se basa principalmente en la posibilidad de que un determinado suceso (el finalmente acontecido) podía ocurrir y alterar de algún modo el contenido prestacional. De hecho, el único supuesto en que el requisito de la *basic assumption* y el de la no asunción de un determinado riesgo no confluyen es aquel en el que se considere que un riesgo, a pesar de no haberse asumido expresa o tácitamente, sí debe ser asumido de conformidad con algún requisito objetivo resultante de las circunstancias del caso concreto²⁵⁹. La otra opción, presente en algunas propuestas de carácter internacional, consistiría en la posibilidad de que las partes asumieran un determinado riesgo incluso ante la creencia de que ese riesgo no se materializaría²⁶⁰.

De este modo, y en atención al tenor literal del art. 262 del *Restatement*, podría concluirse que la *impracticability* solo podrá apreciarse en aquellos supuestos en que las partes no asumieron o no debieron asumir el riesgo de que un determinado suceso

²⁵⁹ Al respecto, establece PERILLO, J.M. (*Calamari and Perillo...*, p. 515) que en realidad la asunción expresa del riesgo mediante la inclusión de una cláusula contractual y la existencia de una *basic assumption* son ambos elementos relacionados con la asunción de riesgos. La diferencia entre ambos reside en el hecho de que la existencia de una *basic assumption* es de carácter legal y no fáctico (como sí lo es la asunción expresa de un riesgo). Es el Derecho —sin atender a la voluntad de las partes— el que determina si existe esa *basic assumption* y, en virtud de ella, como quedan distribuidos los riesgos. Al respecto, establece NEHF, J.P. (*Corbin on contracts...*, p. 90) que en muchas ocasiones los tribunales concluyen que alguna de las partes asumió el riesgo cuando lo único que han previsto es no excusar el cumplimiento ante las circunstancias sobrevenidas.

²⁶⁰ Así ocurre en el art. 6.2.1 de los *Principios Unidroit*, cuyos requisitos para la aplicación de la doctrina relativa al cambio de circunstancias o *hardship* son los siguientes: a) los eventos que desequilibren el contrato deben acontecer o llegar a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) los eventos sobrevenidos no han podido ser razonablemente tenidos en consideración por la parte en desventaja en el momento de celebrar el contrato; c) los eventos sobrevenidos deben escapar al control de la parte en desventaja; y, por último, d) el riesgo de tales eventos no debe haber sido asumido por la parte en desventaja.

ocurriera y alterara las circunstancias. Nótese que, en última instancia, lo que las partes pensaron y asumieron como cierto queda subordinado al riesgo que, con conocimiento de causa o sin él, asumieron contractualmente (o debieron asumir).

Así, por ejemplo, si se asumió que un determinado suceso no ocurriría pero sin embargo se incluyó una cláusula contractual que obligaba a una de las partes o a ambas a asumir ese riesgo, no podrá apreciarse la *impracticability*. Del mismo modo, si ese riesgo no se asumió contractualmente pero sobre la base de las circunstancias existentes en el momento de contratar debió asumirse por alguna de las partes del contrato, tampoco habrá lugar a la aplicación de la *impracticability*. Esto es lo que parece indicar el art. 261 del *Restatement* cuando establece que se apreciará la *impracticability* como excusa del cumplimiento salvo que “*the language [of the contract] or the circumstances indicate the contrary*”. Sobre esta cuestión, pero referida a la interpretación del art. 2-615 UCC, se ha afirmado por parte de la doctrina que, a la hora de valorar si se debe apreciar la existencia de *impracticability* en función de la asunción del riesgo, tan importante como acudir al tenor literal del contrato es atender a las circunstancias concurrentes²⁶¹.

A pesar de que ni en el UCC ni en el *Restatement (Second) of Contracts* se establece de qué tipo deben ser las “*basic assumptions*” de las partes, la doctrina ha intentado agruparlas en varios tipos genéricos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que las *basic assumptions* pueden ser clasificadas en tres categorías. A saber: a) la *basic assumption* consistente en la creencia de las partes relativa a que el gobierno u otro organismo administrativo no intervendrá ni impedirá el cumplimiento del contrato; b) la *basic assumption* consistente en la asunción de que el deudor no perderá su “capacidad” o habilidad para cumplir y c) la *basic assumption* consistente en la creencia de las partes de que el objeto del cumplimiento seguirá existiendo y cumpliendo las condiciones necesarias para que aquel tenga lugar en los términos acordados contractualmente²⁶². En realidad, estos tres tipos de *basic assumption* vienen a recoger los tres tipos de imposibilidades que tradicionalmente se han aceptado en el *common law*: la imposibilidad subjetiva por muerte o enfermedad del deudor cuando la obligación es personalísima, la

²⁶¹ Cfr. DECLERCQ, P.J.M.: “Modern analysis of...”, pp. 213 y ss.

²⁶² Cfr. DECLERCQ, P.J.M.: *Ibidem*.

imposibilidad derivada de la ilegalidad sobrevenida en el cumplimiento y la imposibilidad derivada de la destrucción o inexistencia del objeto o de los medios necesarios para el cumplimiento de la obligación²⁶³.

Por otro lado, sobre la regulación del *Restatement* (prácticamente análoga a la del UCC) y a diferencia de lo que ocurre en relación con la doctrina tradicional de la imposibilidad, no puede dejar de señalarse que en ella expresamente se ratifica que la culpa o negligencia de las partes puede tener incidencia a la hora de distribuir el riesgo y, también, que supone una ruptura de la regla, tradicional en el sistema del *common law*, consistente en que el deudor debe soportar el riesgo de que el cumplimiento resulte más difícil de lo previsto. No obstante, adviértase que esta ruptura podría no ser total si el requisito de la “*basic assumption*” se entiende de forma similar a como se entendía la

²⁶³ Estos tres tipos de *basic assumption* coinciden con las tres situaciones tradicionales en las que en el derecho estadounidense (e inglés) se ha reconocido la excusa de la prestación. Cfr. PATTERSON, E.W.: “The Apportionment of Business Risks through Legal Devices”. *Columbia Law Review*: vol. 24, nº 4, abril-1924, pp. 348 a 353; KISER, D.J.: *Contracts*. Nueva York: The American Law Book, 1927, pp. 95 a 98; McELROY, R.G.: *Impossibility of performance...*, p. 5; SMITH, L. Y., ROBERSON, G. G. y SPRECHER, R. A.: *Teevan and Smith's Business Law: Text – Cases – Statutes: One Volume Edition*. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1951, pp. 193 y 194; SCHRAMPFER, W.H.: *The Law of Business*. Nueva York: Holt, Rinehart and Winston, 1952, pp. 276 y 277; SIMPSON, L.P.: *Handbook of the Law of Contracts*. St. Paul (Minnesota): Est Publishing, 1954, p. 485; SHUGERMAN, A.L.: *Business Law. Principles, Cases, and Problems*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1954, pp. 91 y 92; DIKSTRA, G.O. y DIKSTRA, L.G.: *Business Law: Text and Cases*. 2ª Ed. Nueva York: Pitman Publishing Corporation, 1958, p. 298; CUNEO, G.A. y CROWELL, E.H.: “Impossibility of Performance...”, p. 535; BABB, H.W y MARTIN, C.: *Business Law: Revised and Enlarged Edition*. Nueva York: Barnes & Noble, Inc., 1964, pp. 81 a 83; SLATER, J.A. ET ALII: *Slater's Mercantile Law...*, pp. 101 y 102; FRASCONA, J.L.: *C.P.A. Law Review Under the Uniform Commercial Code*. 3ª Ed. Homewood (Illinois): Richard D. Irwin, 1966, pp. 153 y 154; MERRITT, N. y CLAYTON, E.G.C.: *Business Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1966, pp. 141 a 143; GRISMORE, G.C.: *Grismore on Contracts...*, p. 273; DAVIES, F.R.: *Contract*. 2ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1973, pp. 205 y 206; SCHMITT, M.A. y WOLLSCHLAGER, B.A.: “Section 2-615. Commercial...”, p. 10; HOEBER, R.C. ET ALII: *Contemporary Business Law: Principles and Cases*. 3ª Ed. Nueva York: McGraw-Hill Book Company, 1986, p. 190; EMANUEL, S. y KNOWLES, S.: *Contracts...*, p. 251; MURRAY, JR. J. E: *Murray on Contracts...*, pp. 647 a 655 y WAGNER, G.: “In Defense of the Impossibility Defense”. *Loyola University Chicago Law Journal*: otoño-1995, pp. 55 y ss.

El origen de estas tres categorías se encuentra en el derecho inglés y, en concreto, en las excepciones a la responsabilidad contractual absoluta admitidas por este ordenamiento. Al respecto V. WLADIS, J.D.: “Impracticability as Risk...”, pp. 513 a 530 y TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 29 a 42.

Estas tres categorías, a partir del caso de *Taylor v. Caldwell*, se han ido ampliando hacia otras situaciones hasta llegar a los archiconocidos casos de la coronación. Exponen SALMOND, J y WILLIAM, J. (*Principles of the...*, pp. 517 y 518) que si no se pudiera acudir a la existencia de la condición implícita debería acudir a la doctrina *rebus sic stantibus*. En sentido similar, aunque no refiriéndose expresamente a la doctrina *rebus sic stantibus*, se pronuncia REAR, J.: *The Law of Contracts*. Londres: Sweet & Maxwell, 1963, pp. 58 y 59.

“*implied condition*” en la doctrina tradicional sobre la imposibilidad²⁶⁴. Así, en efecto, la asimilación entre ambos conceptos supondría la total compatibilidad de la regla consistente en que el deudor asume el riesgo de la mayor dificultad de la prestación con la definición y alcance de la *impracticability*. La *impracticability*, si en realidad debe fundamentarse en la existencia de una *basic assumption* compartida por las partes, está plenamente integrada en la voluntad contractual y no supone una excepción a la obligatoriedad del contrato. Se trata más bien de una confirmación de esta voluntad contractual. Cuestión distinta es que la aplicación de la *impracticability* exija, como dispone el *Restatement*, la existencia de una *basic assumption* y que esa *basic assumption* sea en verdad asimilable a la *implied condition* tradicionalmente exigida en la aplicación de la doctrina de la imposibilidad.

A pesar de la amplitud de la regulación contenida en el *Restatement* y el UCC (que no resultan del todo vinculantes para los tribunales), en ninguno de estos textos se establece de modo exacto cuándo hay *impracticability* o si esta es cuantitativa o cualitativa (solo se definen sus requisitos), ni cuáles son sus consecuencias²⁶⁵. Tampoco existe acuerdo en la doctrina estadounidense, a pesar de lo dispuesto en los textos recién analizados, en lo que respecta a los requisitos de aplicación de la doctrina de la *impracticability*, ni tampoco, aun menos, en lo que se refiere a las consecuencias de su aplicación. Los grandes desacuerdos se sitúan, de un lado, en torno a si debe exigirse que las partes no asumieran el riesgo del cambio de circunstancias o a si basta con un gran desequilibrio entre las prestaciones. En lo que respecta a las consecuencias de su aplicación, el desacuerdo se centra en si los contratos y sus prestaciones pueden ser adaptados judicialmente o, en cambio, si la aplicación de la doctrina debe conllevar la excusa del cumplimiento y la terminación del contrato. Y aun dentro de los que defienden

²⁶⁴ En este sentido, afirma SAWADA, J. T (*Subsequent Conduct and...*, p. 108) lo siguiente: “The treatment of “foreseeability” and “basic assumption” probably follows the line familiar since the opinion in *Taylor v. Caldwell*, in which the court said that the parties “evidently had not present to their minds the possibility of such a disaster,” and “must have contemplated such continuing existence as the foundation” of the contract”.

²⁶⁵ En palabras de WALT, S. (“Expectations, Loss Distribution and Commercial Impracticability”. *Indiana Law Review*: 1990-1991, p. 67), esta falta de definición no solo de lo que es *impracticability* sino también de sus requisitos de aplicación puede ser una de las razones por la que los tribunales son tan reticentes a apreciar supuestos de verdadera *impracticability*.

Afirma WLADIS, J.D. (“Impracticability as Risk...”, p. 585) por su parte que los tribunales, a pesar de la existencia del art. 2-615, siguen aplicando el derecho anterior del *common law*.

esta última postura existe divergencia de opiniones en lo que se refiere al cumplimiento de la contraprestación.

La mayor divergencia, de la que parten muchas del resto de discusiones, se sitúa en el fundamento de la figura. Y en este punto se aprecian dos grandes posiciones: aquellos que defienden que el fundamento, requisitos y solución al problema de la *impracticability* se encuentra en el contrato y la voluntad contractual y aquellos otros que priman la eficiencia económica y la justicia con independencia o a pesar de la voluntad contractual.

4.4.2 *Hacia un entendimiento estrictamente cuantitativo de la impracticability en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses. El supuesto de ALCOA*

Las divergencias en la doctrina y jurisprudencia en lo que respecta a los requisitos establecidos en el *Restatement* y en el UCC para la aplicación de la *impracticability* se visualizan excelentemente en uno de los supuestos más comentados por la doctrina estadounidense que ha tratado sobre esta cuestión. Se trata del supuesto conocido como *ALCOA*²⁶⁶.

En 1967, dos importantes compañías, Alcoa y Essex, firmaron un acuerdo de una duración de veinte años mediante el cual Alcoa se comprometió a transformar la materia prima que le proporcionaba Essex en aluminio fundido que posteriormente se transportaba a una planta de fabricación que Essex había construido específicamente para recibir la mercancía. En el contrato suscrito entre Alcoa y Essex se pactó que la cantidad a proporcionar anualmente por Alcoa sería de 50 millones de libras de aluminio fundido, pudiendo ampliarse esta cantidad en tres bloques adicionales de 25 millones de libras por año. Sin embargo, en el año 1973, las partes acordaron eliminar los dos últimos bloques, de tal modo que, en el momento en el que surgió la problemática judicial, la cantidad de aluminio que Alcoa estaba obligada a proporcionar anualmente a Essex era de 75 millones de libras. El precio se determinó que fuera de 15 centavos de dólar por libra de aluminio. A este precio, no obstante, debían añadirse varios cánones, entre ellos, un canon de producción a través del cual Alcoa pretendía compensar los gastos de producción que le

²⁶⁶ *Aluminium Co. of Am. v. Essex Group*, [499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980)]. Resuelto por *The United States District Court, Western District of Pennsylvania*.

suponía el cumplimiento del contrato (entre estos gastos de producción se incluían los costes en los que había incurrido Alcoa para construir la planta donde elaboraba el aluminio, así como los costes de combustibles y laborales).

Además, en el contrato se estipuló que los cánones serían revisados a través de varios índices y, en concreto, a través del índice de precios al por mayor del sector industrial al que se circunscribía la actividad de Alcoa, así como a través de la variación de los costes laborales que tuviera que asumir esta en relación con la fabricación del producto²⁶⁷. A su vez, las partes previeron un precio máximo por el aluminio, aunque no un precio mínimo.

Los problemas entre las partes surgieron como consecuencia del gran incremento de los precios del combustible a partir del año 1973, que produjo que tanto los costes de producción de Alcoa como el coste del aluminio en el mercado (en términos absolutos) aumentaran a un ritmo vertiginoso. Ese aumento de costes produjo que el precio a pagar por Essex en virtud del contrato fuera menos del doble del que hubiera resultado apropiado en función de los costes de Alcoa y el precio del aluminio en el mercado. Y es que, a pesar de que las partes previeron en el contrato la actualización de los precios a pagar por el aluminio, los índices a los que sometieron esta actualización no recogían los verdaderos factores que habían provocado el aumento de costes de la prestación de Alcoa²⁶⁸. Ante esta situación, a partir del año 1975, Alcoa intentó de modo infructuoso renegociar los términos del contrato hasta que, en el año 1978, la situación se hizo insostenible y recurrió a los tribunales solicitando la excusa del cumplimiento del contrato.

El tribunal que decidió el caso determinó que el sistema por el que las partes establecieron que debían actualizarse las cantidades a abonar por Essex y su falta de acomodo a la situación actual se trataba de un error común de las partes (*common*

²⁶⁷ Sobre los pactos más comunes en relación con la variación de precios en este tipo de contratos y su análisis económico y legal en relación con la crisis del año 1973, v. GOLDBERG, V.P. y ERICKSON, J.R.: "Quantity and Price Adjustment in Long-Term Contracts: A Case Study of Petroleum Coke". *Journal of Law and Economics*: vol. 30, nº 2, octubre-1987, pp. 369 a 398.

²⁶⁸ Este índice de precios fue elaborado por el economista Alan Greenspan (Cfr. MURPHY, E.J. y SPEIDEL R.E.: *Studies in Contract...*, p. 959).

mistake). Además, el tribunal también encontró plausible la aplicación de la doctrina de la *impracticability*. Sin embargo, en cuanto a las consecuencias de la aplicación de estas doctrinas, el tribunal decidió que el contrato no debía darse por extinguido por cuanto ello resultaría en una ganancia para Alcoa y en una privación de los beneficios que Essex esperaba obtener legítimamente de las condiciones contractuales pactadas. La opción del tribunal consistió en reformar el contrato, estableciendo un precio mínimo que, si bien estaba aún lejos de las condiciones de mercado (y por lo tanto seguía conviniendo a Essex), otorgaría a Alcoa algún beneficio²⁶⁹.

Este caso es destacable por dos cuestiones distintas aunque relacionadas: en primer lugar, por la expansión que supone de los supuestos en que el deudor queda exonerado del cumplimiento de su obligación y, en segundo lugar, por el establecimiento de consecuencias distintas a las que hasta ese momento se venían considerando para la imposibilidad de la prestación y las doctrinas asimiladas o asimilables²⁷⁰.

En lo que respecta a la expansión de los supuestos en los que se debe exonerar al deudor del cumplimiento de su prestación, en el caso de *ALCOA* se pone en duda que todos y cada uno de los supuestos en que debe decidirse si el deudor debe o no cumplir con su prestación puedan incluirse en algunas de las tradicionales figuras del error, la

²⁶⁹ Debe destacarse, como de común se pone de manifiesto por la doctrina estadounidense, que en este caso solo se tuvo en consideración la posición de Alcoa en relación con el contrato. No es este un caso en el que se tratara de evitar la ruina económica total de una de las partes ante el cumplimiento contractual. De hecho, como se puso de manifiesto durante el procedimiento judicial, el contrato en cuestión representaba solo una pequeña parte del negocio de Alcoa (y también de Essex). La *impracticability* y, en concreto, la dificultad del cumplimiento se circunscribe en exclusiva a los términos del contrato y a la dificultad de la prestación en sí mismo considerada. Así lo expone muy claramente GOLDBERG, V.P.: “Law, private governance and continuing relationship: relational contract: price adjustment in long-term contracts”. *Wisconsin law Review*: mayo/junio-1985, pp. 527 y ss.

²⁷⁰ Apuntan MURPHY, E.J. y SPEIDEL R.E. (*Studies in Contract...*, p. 958) que, a excepción de *ALCOA*, la jurisprudencia estadounidense no ha venido admitiendo la doctrina de la *impracticability* ante la escalada de costes de un determinado producto en el mercado. Mucho menos ha aceptado (o aplicado) la jurisprudencia el ajuste de prestaciones en supuestos de *impracticability*. A lo máximo que ha llegado la jurisprudencia, a excepción de *ALCOA*, es a afirmar que esta es una posible solución ante la alteración sobrevenida de circunstancias.

Al respecto apunta HILLMAN, R.A. (“Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law”. *Duke Law Journal*: Vol. 1987, nº 1, febrero-1987, p. 2 de 33) que la jurisprudencia ha afirmado que estaría dispuesta a reformar o ajustar el contrato, si el caso fuera el apropiado, en los siguientes supuestos: “Gerard v. Almouli, 746 F.2d 936, 939-40 (2d Cir. 1984); *Frelco, Ltd. v. Farmers Bank*, 529 F. Supp. 822, 830 n.9 (D. Del. 1981); *Florida Power & Light Co. v. Westinghouse Elem. Corp.*, 517 F. Supp. 440, 458 (E.D. Va. 1981); *Iowa Elem. Light & Power Co. v. Atlas Corp.*, 467 F. Supp. 129, 135-36 (N.D. Iowa 1978), *rev'd*, 603 F.2d 1301 (8th Cir. 1979)”

imposibilidad, la *impracticability* o la *frustration*. Este caso sugiere que quizás la vía no sea la de intentar compartimentar los supuestos en una de esas doctrinas. Quizás la vía pase por crear una doctrina general en que todas esas figuras encajen.

La segunda de las cuestiones abordadas en *ALCOA* que ha supuesto una verdadera revolución en relación con las doctrinas relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias estriba en cuestionar que los eventos sobrevenidos no contemplados contractualmente solo den lugar a la excusa del cumplimiento, sin más consecuencias. Según la doctrina establecida por *ALCOA*, todos estos eventos excusan el cumplimiento tal y como este fue originalmente configurado, pero no necesariamente excusan el cumplimiento del contrato a través de la extinción del vínculo contractual. En concreto, en *ALCOA* se apuesta por modificar las obligaciones contractuales a través de la valoración de las pérdidas que podría generar el incumplimiento y los riesgos asumidos por cada una de las partes. Se trata, en definitiva, de equilibrar de nuevo el contrato atemperando o incluso deshaciendo los efectos creados por el evento sobrevenido²⁷¹.

ALCOA supone un ensanchamiento de los límites de la *impracticability* (incluyendo en ella otras muchas figuras relacionadas) y, al mismo tiempo, supone el golpe definitivo al fundamento basado en la *implied condition*. Nótese, en efecto, que en *ALCOA* no prima lo que las partes pactaron ni lo que pueda derivarse de la interpretación de la voluntad contractual. Lo importante es ajustar el contrato cuando sea necesario; llevar equilibrio a aquello que el evento sobrevenido desequilibró. Se objetiviza la solución y se objetiviza el fundamento de las figuras relacionadas con el surgimiento de eventos sobrevenidos: se apuesta por la voluntad presumida en lugar de la voluntad subjetiva o real y el contrato se ajusta no en función de lo que las partes quisieron sino en atención a lo que razonablemente hubieran querido. De hecho, expone el tribunal, no resulta impedimento alguno a este modo de proceder que las partes hayan podido prever el cambio de circunstancias si finalmente el contrato no da una solución concreta para este cambio de circunstancias²⁷². En *ALCOA*, ya lo hemos visto, se da prioridad al ajuste de

²⁷¹ La decisión de *ALCOA* ha sido duramente criticada en la doctrina estadounidense por el desprecio total que de ella se desprende hacia el derecho clásico contractual y, en particular, al binomio libertad-responsabilidad que debe dominarlo. Una muy dura crítica puede encontrarse en SPEIDEL, R. E.: “The New Spirit of Contract”. *The Journal of Law and Commerce*: vol. 2, 1982, pp. 193 a 209.

²⁷² El elemento de la previsibilidad se sustituye en este caso por el de la buena fe o, mejor dicho, por la interdicción de la mala fe de la otra parte contractual. Obviamente, esta postura solo es defendible en

las prestaciones frente a la extinción de las obligaciones de las partes. Este nuevo postulado que apuesta por la continuación de la relación contractual tiene una fácil justificación económica e incluso social. Así, en efecto, parece preferible que el contrato siga en vigor a que se extinga. Lo que no está tan claro es que, también desde un punto de vista jurídico, esta postura sea la más adecuada.

Sobre lo anterior trataremos más adelante. Antes es preciso que se ponga de manifiesto la falta de claridad, incluso entre aquellos que indubitadamente apuestan por el ajuste de prestaciones frente a la extinción del contrato, a la hora de establecer cuáles son los presupuestos del ajuste del contrato y, aún más importante, las circunstancias y elementos a tener en consideración para proceder a dicho ajuste. Así, mientras en *ALCOA* el juez solo tuvo en consideración el coste que para la demandante tenía seguir adelante con el cumplimiento, sin tener en cuenta sus condiciones financieras globales o su posición en la industria o incluso en el propio contrato —lo único importante parecía la prestación en sí mismo considerada—, en otros supuestos, como veremos, a la hora de proceder al ajuste de prestaciones y, por ende, a la hora de aplicar la doctrina de la *impracticability*, se han tenido en consideración todas las consecuencias que el cumplimiento del contrato tendría para las partes.

En relación con *ALCOA*, se ha indicado por parte de doctrina muy autorizada que el tribunal erró al plantearse la pregunta adecuada para determinar si el contrato debía ser

aquellos supuestos en los que el cambio de circunstancias no solo provoque perjuicios al deudor sino también un beneficio inesperado al acreedor. De hecho, expone esta autora que los tribunales estadounidenses suelen rechazar los supuestos de *impracticability* basados en las alteraciones del mercado. *ALCOA* es una excepción que se explica, siempre según esta autora, a partir de unas razones muy concretas: a) había motivos para pensar que la contraparte, Essex, quería aprovecharse del cambio de circunstancias a través de la ejecución del contrato (el cambio de circunstancias provocó que las pérdidas de Alcoa aumentaran de forma drástica pero también los beneficios de Essex) y b) las dos partes del contrato eran competidoras en el mismo mercado, de tal modo que el cumplimiento hubiera provocado una ventaja comparativa para una de ellas.

La buena fe como fundamento de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias también se relaciona con las teorías del “*Relational Interest of Contracts*”.

En contra de la decisión de *ALCOA* también se pronuncia POSNER, R.A.: “The Law and Law Economics of Contract Interpretation”. *American Law & Economics Association Annual Meetings*: año 2005, *paper* 56, pp. 30 y 31. Según este autor, las pérdidas sufridas por Alcoa solo se deben al cálculo erróneo del índice de actualización contenido en el contrato. Además, en aplicación de la doctrina *superior risk bearer* a la que haremos referencia más adelante, Alcoa era la parte en mejor posición para asegurar el riesgo.

ajustado o no²⁷³. Esta pregunta, según esta doctrina, no era si el contrato provocaba un desequilibrio entre las prestaciones en sí mismo consideradas. La pregunta adecuada era: ¿qué está perdiendo Alcoa con el cumplimiento del contrato?

Obviamente, la respuesta no era otra sino la “imposibilidad” de vender el aluminio en el mercado a unas mejores condiciones. Si se acepta esta posición, obviamente, la estimación de la demanda de Alcoa en pro de un ajuste del contrato solo debió ser acogida en la medida en que la distancia entre el cumplimiento y la pérdida de oportunidades que el cumplimiento provocaba hubiera sido tan grande como para considerar la prestación “impracticable”. El tribunal, sin embargo, no atendió a si a lo largo de la relación contractual Alcoa había sufrido pérdidas, ni tampoco a si era capaz de soportar esas pérdidas dada su situación en el mercado. Para el tribunal fue suficiente con apreciar la falta de equivalencia de las prestaciones y con modificar el contrato para lograr el equilibrio prestacional.

Otros tribunales, en cambio, no han apreciado ni aplicado la doctrina de la *impracticability* sobre la base del desequilibrio prestacional sino en función de si la parte que pretende la excusa del cumplimiento o la adaptación de las prestaciones es capaz de demostrar que el contrato le está provocando pérdidas excesivas en virtud del referido desequilibrio. El desequilibrio de prestaciones es en estos casos un requisito *sine qua non*, mas no suficiente. En concreto, en los casos conocidos como *Westinghouse I* y *Westinghouse II*²⁷⁴, el juez Merhige consideró la dificultad (*impracticability*) de la prestación no solo atendiendo a la equivalencia o no de la prestación y contraprestación.

En estos casos, las partes habían acordado la venta de dos plantas nucleares, el suministro de fuel a cada una de esas plantas y la retirada del fuel cuando este se agotara. Transcurrido un tiempo desde la perfección del contrato, la empresa encargada del suministro solicitó que se le excusara del cumplimiento de sus obligaciones toda vez que, por las circunstancias industriales y de mercado, el contrato dejó de ser rentable. De hecho, se demostró que esta última empresa tendría, solo en relación con el contrato, unas

²⁷³ Cfr. GOLDBERG, V.P.: “Law, private governance...”, pp. 527 y ss.

²⁷⁴ *Westinghouse II*, 597 F. Supp. 1456 (E.D. Va. 1984); *Westinghouse I*, 517 F.supp. 440 (E.D. Va. 1981).

pérdidas cercanas a los 100 millones de dólares. A pesar de ello, el tribunal consideró que dichas pérdidas no eran tan excesivas como para considerar el cumplimiento “impracticable”. De hecho, si bien se concluyó por parte del tribunal que el coste de la prestación en sí mismo considerado podría ser suficiente para considerar el cumplimiento “impracticable” en otro contexto, también determinó que la demandante no había demostrado una pérdida en la totalidad de la relación contractual²⁷⁵. El tribunal decidió que a la hora de medir la existencia de *impracticability* y si debía producirse un ajuste de las prestaciones y cómo, debían valorarse, ampliamente, todas las circunstancias del contrato: “[I]mpracticability by reason of additional expense is not to be determined by reference to the loss, or failure to profit, from one particular contract term in isolation. Rather, is to be judged from the perspective of the entire undertaking”.

En otras ocasiones, a la hora de determinar si una determinada prestación es “impracticable”, no solo ha llegado a considerarse la posición de las partes en relación con los términos del contrato sino también su posición en el mercado²⁷⁶. Así ocurrió en el caso *Missouri Public Service Co. v. Peabody Coal Co.*²⁷⁷.

La empresa pública Missouri Public Service Co. suscribió un contrato con la empresa Peabody Coal Co., en virtud del cual esta se obligó a suministrar a aquella, durante un periodo de 10 años, carbón a un precio base de 5,4 dólares por tonelada. Este precio fue ajustado en dos ocasiones en virtud del índice de precios que las partes previeron contractualmente, el *Industrial Commodities Index*. Sin embargo, transcurridos dos años desde el comienzo de la relación contractual, el valor del carbón en el mercado

²⁷⁵ De hecho, parece que el tribunal lo que exigía era que se demostrara una gran pérdida por parte de la demandante. La falta de equivalencia entre las prestaciones no era suficiente.

²⁷⁶ Este debe ser el modo de proceder de los tribunales según WLADIS, J.D.: “Impracticability as Risk...”, p. 595. Para este autor, la pérdida de una de las partes en relación con uno de los contratos podría venir compensada por una ganancia en otras relaciones contractuales.

Algún autor aboga incluso por atender a las circunstancias particulares de cada una de las partes (V. SCHWARTZ, A.: “Sales and inflation”..., p. 6).

²⁷⁷ Este caso fue resuelto por la *Court of Appeals* de Missouri el 29 de enero de 1979 [8583 S. W. 2d 721 (mo. Ct. App. 1979)].

Un detallado análisis de este caso puede ser consultado en REEDER III, R. W.: “Court-Imposed Modifications: Supplementing the All-or-Nothing Approach to Discharge Cases”. *Ohio State Law Journal*: 44-1079, otoño-1983, pp. 1079 a 1102. Este autor se muestra muy favorable a la adaptación judicial del contrato en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias.

superó con creces la actualización del precio pactado. Por ese motivo, Peabody intentó negociar con la empresa pública la modificación de los pactos contractuales relativos al precio. Sin embargo, la empresa pública rechazó las pretensiones de Peabody y, por ello, ante la negativa de esta a seguir proporcionando la cantidad de carbón pactada, interpuso una demanda judicial reclamando el cumplimiento del contrato.

En su contestación, Peabody alegó que estaba sufriendo unas pérdidas excesivas, pues si bien el índice de ajuste de precios pactado en el contrato fue una medida eficaz en años anteriores a la suscripción del contrato, resultaba ineficaz en la actualidad toda vez que no recogía ni la gran inflación sobre el carbón que produjeron las medidas de embargo del petróleo del año 1973 ni los nuevos costes que suponían las normas de seguridad que recientemente habían sido promulgadas en relación con las minas. Por su parte, ante estas alegaciones, la empresa pública demostró que las medidas que Peabody alegaba para intentar demostrar que la prestación contractual era “impracticable” habían provocado que las reservas de carbón de la demandada (que podía suministrar a terceros) se triplicaran en su valor. Por este último motivo y a pesar de que era cierto que el contrato en sí mismo considerado provocaba pérdidas a la demandante, el tribunal acordó que el contrato debía ser cumplido en sus estrictos términos o, lo que es lo mismo, rechazó la aplicación de la doctrina de la *impracticability*.

El modo de proceder en este caso, también seguido en otros supuestos²⁷⁸, es puramente cuantitativo. Se toman en consideración todas las circunstancias de cada una de las partes en el marco de la relación contractual o en el mercado y si efectivamente se concluye que existe alguna desproporción o pérdida que no deba ser soportada por alguna de estas, se apuesta por reequilibrar la relación contractual. De ese modo, parece que la desproporción excesiva de las prestaciones o la dificultad del cumplimiento no solo determina la cuantificación del ajuste (en caso de que se admita el ajuste frente a la terminación del contrato), sino también la propia existencia de la *impracticability*. El análisis cuantitativo no es un *posterius* frente al análisis cualitativo determinante de la

²⁷⁸ Por ejemplo, *Asphalt International, INC v. Enterprise Shipping Corp* (667 F. 2d at 266- United States Court of Appeals, Second Circuit) y el caso de *Northern Corp. v. Chugach Electric Assoc.* (518 P.2d 76 1974), en el que el Tribunal Supremo de Alaska consideró que la obligación de transportar una roca de gran tamaño a través de un lago helado debía quedar excusada toda vez que el coste de su transporte a través de un medio alternativo al inicialmente pactado (el medio inicialmente pactado se había tornado imposible) doblaba prácticamente el precio del contrato.

existencia de la *impracticability*. Es el análisis cuantitativo el que determina, en primer lugar, la existencia de *impracticability* y, en segundo lugar, la determinación o cuantificación del ajuste, si este se estima pertinente.

Parece claro, desde nuestro parecer, que las anteriores decisiones ponen de manifiesto una tendencia en el derecho estadounidense actual de intentar acercar las doctrinas sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias a criterios de eficiencia o justicia económica, huyendo de cuál era el fundamento originario de la doctrina. A pesar de que no parece este el sentido del *Restatement* ni del UCC, en algunos casos no se exige ni se investiga cuál era la voluntad inicial de las partes; tampoco se recurre a la noción de la *implied condition*. Lo único relevante parece la determinación de hasta qué punto existe un desequilibrio contractual que merezca ser ajustado por parte del tribunal. Lógicamente, esta tendencia, en cuanto supone la quiebra de algunos postulados tradicionales (también del *common law*), merece que nos planteemos algunas preguntas.

¿Supone el acogimiento de este método cuantitativo para la determinación del ajuste y de la propia aplicación de la doctrina de la *impracticability* el definitivo abandono de la teoría de la *implied condition*?; ¿supone esta nueva tendencia una desconexión total de las teorías sobre la alteración sobrevenida de circunstancias con la voluntad contractual?; ¿es correcto determinar la existencia de la *impracticability* simplemente atendiendo a que las partes no hayan previsto el concreto desequilibrio y a que este realmente se produzca y sea excesivo en término cuantitativos o sería necesario, en cambio, atender a criterios cualitativos para determinar hasta qué punto ha existido *impracticability*?

Y aun si se aceptara que la *impracticability* depende en exclusiva de criterios cuantitativos, ¿cuáles son las circunstancias a tener en cuenta para decidir el ajuste de las prestaciones?; ¿debe buscarse cuál sería la voluntad de las partes?; ¿debe considerarse tan solo la prestación que deviene excesivamente onerosa o “impracticable”, o toda la relación entre las partes e incluso su situación individual en el mercado?

A nuestro juicio, tras el análisis de la doctrina y jurisprudencia estadounidense, el debate sobre si el análisis para la determinación de la existencia de *impracticability* debe ser cuantitativo o cualitativo es estéril y supone la confusión de los elementos de la

figura. Obviamente, y toda vez que no basta la existencia de una mera dificultad para cumplir, la *impracticability* exige que, cuantitativamente, el cumplimiento resulte excesivo²⁷⁹. Ese análisis, el cuantitativo, sin embargo, no debe prescindir de un análisis cualitativo consistente en averiguar hasta qué punto las partes no asumieron contractualmente el cambio de circunstancias y sus consecuencias. Es más, los análisis cuantitativo y cualitativo deben realizarse conjuntamente²⁸⁰. La dificultad de la prestación debe ser, desde un punto de vista cuantitativo, enorme, sin que exista acuerdo doctrinal sobre qué supone un desequilibrio enorme. Hasta tal punto es así que la jurisprudencia ha rechazado la aplicación de la doctrina tanto ante un 30% del aumento de los costes como ante un 100% y un 300%²⁸¹. Sea como sea, si se acepta que el fundamento de la figura está en el contrato y la voluntad contractual, la determinación acerca de si esa dificultad de la prestación debe dar lugar a excusar la obligación exige que se determine también, ahora desde un punto de vista cualitativo, si el deudor debe asumir el cambio de circunstancias o si debe hacerlo en la medida en que ese cambio de circunstancias haya

²⁷⁹ A este respecto, establece MURRAY, JR. J. E. (*Murray on Contracts...*, p. 641) lo siguiente: “Before considering the magnitude of the loss that is necessary to meet the third and final stage of a successful impracticability defense, it must be remembered that, regardless of the extent of the loss, if that loss was not *caused* by an unforeseeable or unexpected supervening event which changed the basic assumption of foundation of the contract, nonperformance will not be excused”.

Es preciso aclarar que en este apartado se está tratando de la *impracticability* comercial o económica, esto es, aquella que hace que el contrato sea extremadamente difícil de cumplir en términos patrimoniales. De hecho, no puede obviarse que en el *Restatement (Second) of Contracts* y, en concreto, en los arts. 262 a 264 se regulan tipos muy específicos de *impracticability* que no tratamos en el presente trabajo. A saber: a) *impracticability* por imposibilidad subjetiva del deudor cuando la vida o capacidad del deudor resultaba esencial para el cumplimiento de la obligación; b) imposibilidad objetiva de la prestación por destrucción o inexistencia del objeto y c) imposibilidad de cumplir la obligación por contravenir el cumplimiento de regulaciones o leyes tanto nacionales como internacionales. Como es de ver, la regulación de estos tres casos tan específicos pone de manifiesto que la imposibilidad ha perdido sustantividad frente a la *impracticability*. Efectivamente, a pesar de que estos tres casos son en realidad supuestos de imposibilidad de la prestación, en el *Restatement* se engloban en la categoría de la *impracticability*.

En palabras, MARCHETTI, P. (“The impact of the European Monetary Union on the Continuity of International Contracts. *Suffolk Transnational Law Review*: 23-355, invierno-1999, p. 13 de 21): “The doctrine of impracticability embodies the modern formulation of the impossibility doctrine”.

²⁸⁰ Este análisis conjunto puede encontrarse por ejemplo en el caso de *Publicker Industries Inc. v. Union Carbide Corp.* resuelto en el 1975 por *The United States District Court (Eastern district of Pennsylvania)*, [17 U.C.C. Rep. Serv. 989 (1975)]. En este caso el tribunal rechazó la aplicación de la *impracticability* alegada por el demandante debido a dos motivos: en primer lugar, debido a que la supuesta causa que hacía la prestación más difícil de cumplir era previsible y, en segundo lugar, en la medida en que no había habido ningún caso en el que se hubiera declarado la *impracticability* en el que el sobre coste de la prestación no hubiera sido al menos del 100%. Como es de ver, se utilizó un método conjunto (cualitativo y cuantitativo) pero no se estableció cuál es la relación entre las dos variables. Así también, SPEIDEL, R.E.: *Contracts in Crises...*, p. 179.

²⁸¹ Cfr. NEHF, J.P.: *Corbin on contracts...*, pp. 48 y 49.

afectado a su prestación²⁸².

4.4.3 *El fundamento cuantitativo o cualitativo de la impracticability y la relación con sus requisitos y consecuencias de aplicación. Recapitulación crítica sobre las tendencias actuales del derecho estadounidense*

Una vez expuestos, de un lado, el origen de la doctrina de la *impracticability* (y de la *impossibility*) —la *implied condition* y el consentimiento contractual— y, de otro lado, la tendencia actual de parte de la doctrina consistente en atender a la necesidad de equilibrar el contrato desde un punto de vista cuantitativo con independencia de cuál haya sido y sea la voluntad de las partes, resulta obvia la explicación de por qué en la doctrina estadounidense existen dos tendencias bien diferenciadas a la hora de entender e interpretar la *impracticability* y, en general, todas las doctrinas sobre la base de las que se excusa el cumplimiento.

Prácticamente todas las tendencias doctrinales rechazan que el fundamento de la *impracticability* se encuentre en una condición implícita. Ahora bien, mientras una parte de la doctrina pone el énfasis en el equilibrio de las prestaciones y en el reparto del riesgo desde postulados de eficiencia económica con independencia de cuál haya sido o sea la voluntad contractual, otra parte de la doctrina observa el problema desde el postulado de la voluntad contractual, buscando en ella tanto el fundamento como la solución a la enorme dificultad en el cumplimiento de las obligaciones.

Para la primera de esas vertientes, encabezada por los defensores de la doctrina del *risk bearer superior test*, la justicia y eficiencia contractuales son un fin en sí mismo, mientras que para la otra vertiente la eficacia y justicia contractual están en todo caso subordinadas no solo a lo acordado por las partes sino también a aquello que las partes debieron prever o asumir contractualmente. Como se verá a continuación en este trabajo al desarrollar estas dos vertientes doctrinales, ninguna de estas posturas prescinde de lo mejor de la otra. Así, ni aquellos que apuestan por la eficiencia económica del contrato

²⁸² Este es, por otro lado, el tipo de análisis que parece exigirse en el art. 261 del *Restatement (Second) of Contracts*: debe acontecer un evento que las partes pensaron que no acontecería y ello debe causar que el cumplimiento de la obligación resulte “impracticable”. En este sentido también MURPHY, E.J. y SPEIDEL R.E.: *Studies in Contract...*, p. 925.

como un fin en sí mismo abogan por prescindir en su totalidad de cuál fue la voluntad contractual de las partes²⁸³, ni aquellos que apuestan por fundamentar la *impracticability* (o cualquiera doctrina asimilable) en la voluntad o previsión de las partes prescinden de acudir a la existencia de una voluntad ficticia a la hora de encontrar el fundamento y solución al problema.

La apuesta por la eficiencia económica como requisito del contrato supone aceptar que el contrato es mucho más que un acuerdo de voluntades. De hecho, supone aceptar que el contrato como acuerdo de voluntades provoca el nacimiento de una relación en la que los intereses de las partes y su compatibilización pasa a ser el elemento fundamental. Así, de esta idea, surgen teorías como la del *Relational Interest*²⁸⁴, según la cual los contratos deben ser vistos como un matrimonio y no como un encuentro puntual no duradero (*“parties treat their contracts more like marriages than like one-night stands”*).

Al igual que ocurre en el momento de celebrar el matrimonio, en el momento en que las partes firman un contrato no existen desavenencias sino unión y compatibilización

²⁸³ Así también GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de...*, p. 175.

²⁸⁴ Sobre esta teoría y sus distintas aplicaciones al derecho de contratos, v. MACNEIL, I.R. y CAMPBELL, D.: *The relational theory of contract: selected works of Ian MacNeil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001 y FEINMAN, J.M.: “Relational contract theory in context”, en AA.VV: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, pp. 450 a 462.

Sobre la teoría de *Relational Contracts* aplicada a la alteración sobrevenida de circunstancias, v. GILLETTE, C.P.: “Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts”. *Minnesota Law Review*: vol. 69, febrero-1985, pp. 521 y ss.; FRUG, M. J.: “Rescuing Impossibility Doctrine: A Postmodern Feminist Analysis of Contract Law”. *University of Pennsylvania Law School*: vol. 140, enero-1992, pp. 1029 a 1047 y SPEIDEL, R.E.: *Contracts in Crises...*, pp. 231 a 234.

Muy sugestivo resulta también el artículo de LINZER, P.: “Uncontracts: Context, Contorts and the Relational Approach”, en AA.VV: *A Contracts Anthology*. 2ª Ed. Editada y comentada por Peter Linzer. Anderson Publishing: 1995, pp. 119 a 128. En este artículo se pone en duda la importancia del consentimiento en el derecho de contratos frente a los objetivos de reciprocidad, solidaridad y cooperación. Además, en esta obra se hace un repaso de la acogida de la teoría del *Relational Interest* por parte de los tribunales.

Expone y critica esta teoría HILLMAN, R.A.: *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*. Dordrecht/Boston/Londres: Kluwer Academic Publishers, 1997, pp 255 a 266.

Se defiende de las críticas que esta teoría realiza al derecho clásico o neoclásico de los contratos, EISENBERG, M.A.: “Where there is no law of relational contracts”, en AA.VV: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, pp. 462 a 480.

de intereses. Por ello, según esta teoría, cuando se produce un cambio de circunstancias y, del mismo modo que debería ocurrir en una relación matrimonial, las partes tienen un deber de cooperar. Un deber de cooperar que es incompatible con una de las funciones que normalmente se citan como propias de una relación contractual: la distribución de riesgos. Así, para los defensores de esta teoría, ante el cambio de circunstancias, la función del juez (y de las partes) no es la de establecer quién debe asumir un determinado riesgo o pérdida, sino coadyuvar a o “imponer” la cooperación²⁸⁵ —valga, por aparente, la contradicción—. Una cooperación que no solo incluye el deber de renegociar de las partes sino también la aceptación de la adaptación por parte del juez de los términos del contrato²⁸⁶.

Aceptar este punto de vista supone aceptar también que la *impracticability* (o cualquier otra doctrina que excuse el cumplimiento) no supone una contradicción con el principio de libertad contractual ni tampoco con el *pacta sunt servanda*. Y no lo supone porque se niega la premisa mayor: el contrato no obliga a lo estrictamente pactado en tanto en cuanto las partes se suponían y eran libres para acordar lo que estimaran oportuno. Esa es solo la génesis de un contrato que se define y debe definirse como una relación en la que no existen las excusas al cumplimiento como tal. De lo que se trata, en efecto, no es de excusar el cumplimiento sino de hacer que este sea posible (aun modificado) y beneficioso para ambas partes. Para ello, obviamente, debe tenerse en consideración cuál es y era la intención de las partes a la hora de celebrar el contrato pues es esa intención, como producto del interés de las partes, lo que debe quedar protegido.

Como ya hemos avanzado, la defensa de la teoría del *Relational Interest* (o de cualquier otra en la que lo que se prima es la “justicia” contractual) aparentemente no es incompatible con mantener que el contrato sigue siendo un acuerdo de voluntades. De

²⁸⁵ Como pone de manifiesto BARNETT, R.E. (“What is the Relational Theory of Contract”, en AA.VV: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, pp. 449 y 450) algunos de los más aférrimos defensores de esta teoría llegan a afirmar que el consentimiento de las partes es solo un elemento a tener en consideración por los tribunales a la hora de decidir.

²⁸⁶ Cfr. SCOTT, R.E. (“The case for formalism in relational contracts”, en AA.VV: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, p. 433): “This strategy is designed to protect (and even improve) the utility set of contractual signals for future parties. It requires courts to ignore the litigating parties’ subjective intentions and fill contractual gaps objectively – that is, according to assumptions about the risks that parties similarly situated would plausibly have agreed to bear at the time the contract was made. This is the default rule paradigm that has occupied much of the agenda of the law-and-economics branch of relational theory”.

hecho, obsérvese que, a la hora de determinar cuál es el mejor modo de adaptar el contrato o de dividir las pérdidas surgidas a partir del cambio de circunstancias, normalmente se atiende a cuál fue o es la intención de las partes. Esa intención, sin embargo, es de nuevo una ficción que afecta a la misma noción de contrato. Así, en un caso en que, ante el cambio de circunstancias, las partes ya no quieren el acuerdo de voluntades al que llegaron quizás no tiene ningún sentido que sigan vinculadas. Y eso es lo único cierto; lo demás, esto es, que las partes consideraron cuál era el interés de la contraparte a la hora de contratar o que asumieron el deber de compartir riesgos es una ficción indemostrable.

Puede abogarse por la existencia de facultades del juez para adaptar el contrato o incluso para terminarlo repartiendo las pérdidas de modo equitativo. Lo que no parece lógico ni acorde a la realidad es defender que esos poderes del juez tienen como fundamento la que es o debería ser la verdadera voluntad de las partes²⁸⁷. El único fundamento para el otorgamiento de tales poderes al juez puede encontrarse, de hecho, en la intrascendencia de la voluntad contractual a la hora de enfrentar el hecho de que la realidad material, ante el cambio de circunstancias, no responda a lo previsto y plasmado contractualmente.

Los defensores de aquellas teorías que priman el equilibrio objetivo del contrato frente a la (aun desequilibrada) voluntad real y comprobable de las partes (que no es otra que la plasmada en el contrato y la que directamente pueda inducirse de él) terminan apoyándose en cuál es o debería ser la voluntad de las partes porque de otro modo lo acordado pasaría a ser siempre irrelevante. Así, en efecto, ¿cómo puede defenderse que cuando nada se ha pactado sobre un determinado cambio de circunstancias las partes sí deben someterse a una readaptación justa en sentido objetivo y no, en cambio, cuando hayan previsto un cambio de circunstancias que, sin embargo, también hace que el contrato sea desequilibrado? El único modo de legitimar esa diferencia de trato pasa por

²⁸⁷ Una postura singularmente atractiva es la mantenida por HILLMAN. R.A.: "Court Adjustment of...", 33 pp. Según este autor, en determinados contratos, de larga duración y basados en la confianza en la contraparte, las partes esperan que ante un cambio de circunstancias, la otra parte sea flexible y acepte un ajuste del contrato por parte del juez. Esa confianza en la contraparte es precisamente lo que llevaría a las partes a no prever exhaustivamente todas las posibles consecuencias de un cambio de circunstancias. A nuestro juicio, sin embargo, la confianza y buena fe entre las partes, si bien pueden resultar factores determinantes a la hora de decidir si el cumplimiento debe excusarse, no puede suponer en ningún caso el otorgamiento al juez de poderes para adaptar el contrato. La adaptación del contrato solo corresponde a las partes. El juez a lo sumo puede excusar el cumplimiento y tomar medidas para que el acreedor no sufra más daños que los directamente derivados de la falta de cumplimiento.

aceptar que, al menos a priori, la voluntad contractual es la encargada de definir el equilibrio. Lo que no parece aceptable es que la ausencia de previsión inicial conlleve la necesidad de readaptar el contrato de una manera equitativa, que incluso suponga el reparto de las pérdidas surgidas para una de las partes²⁸⁸.

Y no parece aceptable, en primer lugar, porque un contrato no puede asimilarse sin más a una relación en la que no existe la confrontación (sin que ello implique que se niegue la existencia de ciertos deberes de cooperación) y, en segundo lugar, porque, igual que prever una determinada circunstancia supone la creación de una regla mediante la que se distribuye el riesgo de que acontezca, no preverla también supone una distribución de riesgos que no puede resolverse sin más a través de un reparto de las pérdidas o adaptación equitativa del contrato. Ello podría conllevar que ninguna de las partes se ocupara (y preocupara) a la hora de reglamentar la relación contractual de cuáles son los factores que podrían incidir sobre su prestación contractual. Nótese que un intento de previsión llevado a los términos del contrato a través de mecanismos de actualización de las prestaciones podría suponer la negativa del tribunal a adaptar el contrato o a repartir las pérdidas. En cambio, la total ausencia de regulación podría conllevar sin más una adaptación equitativa de los términos contractuales.

En definitiva, la voluntad contractual no puede utilizarse para reequilibrar el contrato cuando, al mismo tiempo, esa voluntad no se ha considerado al estudiar la naturaleza del desequilibrio y su relación con el contrato. Al respecto resulta de especial interés el caso *NIPSCO*²⁸⁹, resuelto por los tribunales federales de Estados Unidos y, en concreto, por la *United States Courts of Appeals (7th Circuit)* y en el que claramente se pone de manifiesto toda esta problemática.

En el año 1978, una importante empresa eléctrica (NIPSCO) y una corporación pública para la producción de carbón llegaron a un acuerdo por el que aquella se comprometió a comprar a esta la cantidad aproximada de 1,5 millones de toneladas de carbón al año durante veinte años. A mediados de los años 70, los precios del combustible

²⁸⁸ Sin que ello suponga presumir, por supuesto, que el silencio de las partes implica la aceptación inequívoca del riesgo ante el posible cambio de circunstancias.

²⁸⁹ [799 F.2d 265 (7th Cir. 1986)]

se habían disparado como consecuencia del embargo petrolero que se había producido recientemente y, por ese motivo, empresas como NIPSCO pretendían garantizarse la accesibilidad a largo plazo de suministros de combustible como el carbón. Esta garantía de suministro se trasladó al contrato suscrito con la corporación pública a través del largo plazo de duración estipulado contractualmente, así como mediante la inclusión de determinadas disposiciones relativas al aumento del precio del carbón. En concreto, en el contrato se había incluido una escala de precios fijos que había sido diseñada en consideración del más que previsible aumento de los costes del combustible. De conformidad con esta escala, en el año 1985 el precio a pagar por NIPSCO pasó a ser de 24 dólares por tonelada a 44 dólares por tonelada. Este último precio resultaba desproporcionado en relación con los precios de mercado del carbón, motivo por el cual la escala de precios fijos contenida en el contrato no había cumplido su función.

En un primer momento, NIPSCO trató de atemperar el alto precio a pagar por el carbón repercutiéndoselo a sus propios clientes. Sin embargo, la comisión pública de control del sector energético denegó la posibilidad de subir el precio de la electricidad puesto que, dada la situación del mercado, NIPSCO podía comprar y revender a los clientes la electricidad a un coste menor del que lo hacía en virtud del contrato. Esta negativa al aumento del precio de la electricidad llevó a NIPSCO a demandar a la corporación pública de carbón ante el tribunal federal del distrito alegando conjuntamente las doctrinas de la *impossibility*, la *impracticability* y la *frustration*. En primera instancia, la demanda de NIPSCO fue desestimada y, en apelación, el Séptimo Circuito volvió a desestimar las pretensiones de NIPSCO, confirmando por lo tanto la sentencia de instancia.

Según la opinión del ponente del caso en apelación, en este supuesto no resulta de aplicación ninguna de las doctrinas alegadas por NIPSCO. La argumentación del juez Posner resulta de fácil entendimiento: el hecho de que en el contrato se hubiera establecido una escala de precios fijos era suficientemente significativo de que el comprador, en este caso NIPSCO, había asumido el riesgo del aumento del precio del carbón. En definitiva, para el tribunal, la propia interpretación del contrato —voluntad contractual— llevaba a concluir que NIPSCO había asumido un determinado riesgo —el de la subida del precio— y esa interpretación del contrato excluía *per se* las doctrinas de la imposibilidad, de la *impracticability* y de la *frustration*. Como es de ver, para el tribunal

que decidió este supuesto, la doctrina de la *impracticability* no puede ser acogida simplemente ante el desequilibrio de las prestaciones por mucho que este sea excesivo o desproporcionado. Para apreciar la *impracticability* es necesario que antes se investigue si la causa o consecuencia de la *impracticability* no ha sido asumida por alguna de las partes del contrato. Cuestión distinta es que se esté de acuerdo o no con la determinación a la que llega el tribunal, consistente en que el hecho de que se haya fijado en el contrato una escala fija de precios supone en todo caso la asunción por parte del comprador del riesgo de que el precio no pueda corresponderse al de mercado.

En relación con este caso, se ha llegado a decir que, en realidad, el supuesto de *NIPSCO* no es uno de *impracticability* sino de error común e inexcusable de las partes en la fijación del precio²⁹⁰. A nuestro juicio, sin embargo, no parece del todo apropiado explicar la negación del tribunal a aplicar la doctrina de la *impracticability* sobre la base de la existencia de un error común o bilateral de las partes. Nótese, en efecto, que la aplicación y apreciación de la doctrina de la *impracticability* siempre exige que se produzca un error bilateral en sentido amplio y distinto del error como vicio del consentimiento (tal y como este se entiende en el ordenamiento español)²⁹¹.

Para comprobarlo, basta con acudir a las disposiciones del UCC y a las del *Restatement (Second) of Contracts* que hemos citado anteriormente. En ambas se exige que las partes hayan asumido que un determinado suceso no ocurriría y que esa asunción se demuestre falsa. Esa creencia, que se demuestra falsa, necesariamente debe considerarse un error. Ese error, sin embargo, no es suficiente para apreciar la existencia de *impracticability* si de algún otro modo puede inferirse que la parte que pretende excusar el cumplimiento de su obligación asumió el riesgo del que, no obstante, pretende desligarse. De hecho, parece que el tribunal no rechazó la aplicación de la *impracticability*

²⁹⁰ Así lo establece RAUH, T. ("CAPITAL MARKET: "Legal Consequences of force Majeure Under German, Swiss, English and United States' Law". *Denver Journal of International Law and Policy*: vol. 25, otoño-1996, p. 5): "The National Presto Case was based on a mutual error of the parties concerning the level of further contractual costs and not on impracticability".

²⁹¹ También son muchas las voces en la doctrina anglosajona que critican cualquier asimilación entre el error como vicio del consentimiento y cualquiera de las teorías relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias. Así, TREITEL, G.H. (*The Law of...*, pp. 924 y 925) expone que ambas doctrinas se basan en conceptos jurídicos distintos: uno, el error, se basa en una representación errónea y otro, la alteración sobrevenida, se basa en la ausencia total de representación de la realidad.

Al respecto, en el derecho estadounidense, v. LAWRENCE, L.: *Lawrence's Anderson on...*, p. 842.

porque se haya producido un error común sino porque, a pesar de que ese error se haya podido producir, el comprador asumió —a través de la inclusión en el contrato de una escala fija de precios— el riesgo de que el precio pactado no se correspondiera con el precio de mercado. En este caso lo primordial es determinar si la distribución de riesgo contractual incluía la posibilidad de una variación de las circunstancias que provocara dicho desequilibrio.

Y son estas razones (las mismas que proporcionó el tribunal en *NIPSCO*) las que llevan a algunos autores —obviamente nos referimos a aquellos que consideran que la *impracticability* y las demás doctrinas sobre la *excuse* tienen su fundamento en la voluntad contractual y no en el desequilibrio contractual *per se*— a determinar que es la voluntad contractual o la ausencia de esta lo que determina la aplicación de la doctrina de la *impracticability* (siempre que la dificultad en el cumplimiento sea excesiva en relación con las previsiones contractuales). Pero la voluntad contractual no solo determina la aplicación de la doctrina de la *impracticability* sino también la solución al problema. En efecto, el ajuste del contrato y de sus prestaciones no puede prescindir de lo que las partes pactaron o de lo que directamente (sin deducciones desconectadas de la realidad) pueda inferirse de dichos pactos. Observado desde ese prisma, en un supuesto de *impracticability*, el tribunal solo podrá adaptar el contrato cuando ese mecanismo de adaptación se haya pactado o pueda derivarse del contrato: el ajuste, así considerado, no sería una facultad del tribunal sino un deber que deriva de la interpretación de la voluntad contractual. Puesto de otro modo, si la adaptación o ajuste no deriva de la interpretación de la voluntad contractual, la única opción consiste en la terminación del contrato en tanto en cuanto la aplicación de la *impracticability* permite excusar el cumplimiento pero no crear un nuevo acuerdo de voluntades allí donde no existe voluntad alguna.

A la hora de la verdad, sin embargo, como hemos visto, los tribunales estadounidenses han sustituido en algunos supuestos el mecanismo de la *implied condition* por la adaptación del contrato según lo que en cada caso se considere más justo²⁹². Ambos mecanismos, la *implied condition* y la adaptación del contrato tienen en común el menosprecio que dispensan a la voluntad real de las partes. Al menos, eso sí, el mecanismo de la adaptación del contrato es más honesto por cuanto no precisa de

²⁹² Cfr. NEHF, J.P.: *Corbin on contracts...*, p. 108.

ficciones.

Por más que pueda resultar cierto, tal y como destacó el tribunal en el ya comentado caso de *ALCOA*, que la no intervención del tribunal puede conllevar que las partes no tengan incentivos para llegar a un acuerdo por sí mismas, no es menos cierto que el ajuste que realice el tribunal será inaceptable para las partes por cuanto de ningún modo recogerá su voluntad. Tan inaceptable que las partes se verán obligadas a llegar a un nuevo acuerdo. Un nuevo acuerdo que no tiene su fundamento en la libertad sino en la necesidad de desplazar el ajuste realizado por el tribunal sin su consentimiento. Tanto es así, que en *ALCOA*, antes de que el tribunal de apelación resolviera el recurso presentado contra la sentencia por la que se ajustaba el contrato, las partes llegaron a un acuerdo y desistieron del recurso²⁹³.

A través de la adaptación, el tribunal no excusa el cumplimiento, sino que obliga a la demandante a permanecer en el contrato con un cambio de condiciones que siguen en discordancia con las de mercado. La *impracticability* se convierte así en una doctrina que se encarga de reequilibrar el contrato siempre que algún factor no tenido en consideración en el momento de contratar provoque un desequilibrio y no en una doctrina que excusa totalmente del cumplimiento cuando este se ha convertido prácticamente en imposible.

Así entendida, la doctrina de la *impracticability* no proporciona una solución neutra a un problema —el cambio de circunstancias que provoca la dificultad del cumplimiento— que no debe ser atribuido a ninguna de las partes. La *impracticability* (así entendida) es una doctrina que no permite a las partes prever el riesgo que deberán asumir ante el cambio imprevisible de circunstancias que provoque una enorme dificultad en el cumplimiento. En efecto, será el tribunal, y no las partes, quien distribuya ese riesgo según considere más equitativo o (lo que es casi peor) presumiendo cuál hubiera sido la voluntad de las partes, obligando así a una de las partes (al menos) a cumplir un contrato que no hubiera suscrito. ¿Cómo equilibrará el tribunal el contrato y a quién beneficiará o perjudicará? Eso es lo imprevisible.

²⁹³ V. HALSON, R.: *Contract Law...*, p. 402.

La otra opción para el tribunal consistiría en excusar el cumplimiento, dejando al arbitrio de las partes si desean llegar a un nuevo acuerdo acorde a la valoración de las condiciones del mercado que hiciera cada uno de ellos (y no el tribunal). Esta opción dejaría en manos del tribunal determinar hasta qué punto nos encontramos ante un supuesto de *impracticability* que excusa el cumplimiento de la prestación (en función del desequilibrio o dificultad de la prestación y en la ausencia de distribución del riesgo en el acuerdo de voluntades inicial) y en las partes, en cambio, la decisión acerca de si desean llegar a un nuevo acuerdo. De este modo, la *impracticability* volvería a ser una doctrina con efectos previsibles para las partes: si un suceso o acontecimiento imprevisto por las partes acontece, se excusará la prestación y las partes sabrán de antemano que no se verán envueltas en una relación contractual con unas condiciones contractuales no decididas por ellas mismas. Ese riesgo es asumible por cuanto las partes podrán, si así lo desean, evitar la terminación contractual adaptando ellas mismas el contrato y sus prestaciones a las nuevas circunstancias.

Al respecto, parte de la doctrina que genéricamente rechaza la facultad del juez de ajustar el contrato —entendida esta facultad como la posibilidad de redefinir las prestaciones contractuales— considera que en supuestos de *impracticability* sí debería admitirse la posibilidad de posponer o suspender temporalmente el cumplimiento de la prestación en caso de que ello pudiera suponer la superación de la causa de la *impracticability*²⁹⁴. Y, nótese que esta posibilidad no supone un verdadero ajuste del contrato. De lo que se trata es de una excusa temporal al cumplimiento respetuosa con la voluntad contractual. Esta excusa temporal, sin embargo, solo es admisible en la medida en que el contrato, tal y como fue configurado por las partes, permita el aplazamiento del cumplimiento sin provocar su frustración²⁹⁵. Así, en efecto, por más que la causa de la *impracticability* sea temporal, la excusa temporal solo será viable si el contrato permite, sin su frustración, el cumplimiento tardío.

Esta “evolución” hacia un entendimiento cuantitativo de la doctrina de la *impracticability* llevada a cabo en la práctica por los tribunales y que acabamos de

²⁹⁴ Cfr. DAWSON, J. P.: “Judicial revision of...”.

²⁹⁵ El término frustración es utilizado aquí de modo amplio, implicando la pérdida de sentido del contrato.

exponer puede observarse en los comentarios que los ponentes tanto del UCC como del *Restatement (Second) of Contracts* han realizado a las disposiciones que en estos cuerpos normativos se contienen sobre la *impracticability* y la *frustration*. Como se ha comprobado anteriormente, ni en el *Restatement* ni en el UCC se establece que se pueda o deba adaptarse el contrato. Sin embargo, en comentarios a dichos textos por parte de los ponentes que los elaboraron (“*draftsmen*”) se abre la puerta a la adaptación del contrato en supuestos de *impracticability* o *frustration*, sin establecer claramente cuáles deben ser los criterios de dicho ajuste.

Suficientemente expresivo es el comentario al UCC cuando dispone que “*In situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of “excuse” or “no excuse”, adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in the furtherance of commercial standards and good faith*”.

Aun así, debe destacarse que las decisiones de los tribunales en supuestos de *impracticability* demuestran que existe una tercera vía entre la excusa del cumplimiento (dando por extinguida la relación) y la adaptación del contrato. Esa tercera vía se basa en obligar a las partes a renegociar los términos del acuerdo inicial. Esta tendencia viene ejemplarmente recogida en el caso *City of Vernon vs. City of Los Angeles*²⁹⁶. En este caso, las ciudades de Vernon y Los Ángeles firmaron cuatro contratos consecutivos en el tiempo, el primero de los cuales databa del año 1909, en virtud de los cuales la ciudad de Vernon estaba autorizada para descargar gran parte de sus aguas residuales a través del sistema de alcantarillado de Los Ángeles a cambio de un canon calculado en función de los gastos y costes de mantenimiento del sistema de alcantarillado.

La relación contractual transcurrió sin problemas hasta el año 1943, cuando intervino el estado de California con el propósito de reducir las molestias y contaminación que estaban causando los vertidos de residuos sin procesar. Esta intervención por parte del Estado concluyó con una orden administrativa por la que se conminaba a la ciudad de

²⁹⁶ Este caso fue resuelto por el Tribunal Supremo de California el 6 de diciembre de 1955 [Cal. 45. 2d 710, 290 P. 2d 841 (1955)].

Los Ángeles para que construyera una nueva planta de tratamiento de residuos. En cuanto al resto de ciudades que hasta el momento habían hecho uso del sistema de residuos de Los Ángeles, el estado de California dispuso que debían construir nuevas plantas de residuos o bien contribuir con los costes de renovación de las instalaciones que iban a ser construidas. La ciudad de Vernon se negó a acatar esta orden por cuanto entendió que seguía teniendo derecho a utilizar el nuevo sistema de tratamiento de residuos al mismo precio o canon que había acordado con Los Ángeles en los contratos suscritos entre ambas.

El Tribunal Supremo de California dispuso que la ciudad de Los Ángeles debía ser relegada del cumplimiento de sus obligaciones contractuales al considerar que el cumplimiento del contrato se había convertido en “impracticable” por cuanto supondría un coste excesivo y fuera de lo razonable (según se desprende del caso la construcción de la nueva planta exigía un desembolso de 41 millones de dólares y su mantenimiento anual medio millón adicional). El Tribunal Supremo de California, en consecuencia, excusó a Los Ángeles del cumplimiento del contrato pero obligó a ambas partes a designar a dos funcionarios competentes que debían elaborar una nueva escala de pagos que satisficiera a ambas ciudades.

Si bien en este caso el tribunal no se irrogó la función de establecer y fijar los nuevos términos contractuales, sustituyendo así la libertad contractual de las partes, sí sustituyó a las partes en un aspecto fundamental a la hora de contratar: decidir con quién se quiere contratar o negociar. Este elemento, como es obvio, es tanto o más importante como el de decidir las cláusulas de su contrato. Es indudable, sin embargo, que alguna influencia tuvo en la decisión del tribunal el hecho de que la terminación del contrato pudiera conllevar importantes perjuicios para la población.

4.4.4 Un tipo especial de impracticability: impracticability de mercado o genérica²⁹⁷. Cuestionamiento de la solución consistente en la adaptación del contrato

La *impracticability* puede afectar a un determinado contrato o bien a un grupo

²⁹⁷ Sobre este tipo de *impracticability*, v. TRENTACOSTA, J.R.: “The Uniform Commercial Code: Commercial Impracticability and Fair Allocation Under UCC 2-615”. *Michigan Bar Journal*: vol. 89, noviembre-2010, pp. 42 a 47.

de contratos desconexos entre sí pero unidos por la causa que provoca la *impracticability*. De hecho, en estos casos, la *impracticability* es el resultado de la existencia de distintos contratos y la imposibilidad o extrema dificultad de cumplir con todos y cada uno de ellos conjuntamente²⁹⁸. Por separado, cada uno de esos contratos es susceptible de ser cumplido pero el cumplimiento de uno de ellos supone la imposibilidad o práctica imposibilidad de cumplir el resto. Este supuesto de hecho surge, normalmente, ante la restricción de determinados bienes en un sector específico. En los términos utilizados en el UCC, en el ya citado art. 2-615, cuando la causa de la *impracticability* afecte parcialmente al vendedor²⁹⁹, de tal modo que solo pueda cumplir algunos contratos y ante algunos de sus acreedores, es el propio vendedor el que debe decidir la manera de distribuir la producción existente entre los consumidores regulares (tanto si en ese momento mantienen una relación contractual con el vendedor como si no) de acuerdo con las necesidades de producción.

Nótese que, según el tenor literal del artículo, el vendedor es el encargado de decidir qué consumidores (y en qué medida) van a quedar afectados por la restricción de bienes —el concepto importante no es el de comprador contratante, sino el de consumidor regular—, pudiendo incluso el vendedor tener en consideración sus necesidades futuras a la hora de establecer estas restricciones³⁰⁰. El único límite a la hora de realizar esta

²⁹⁸ No puede obviarse que en el derecho estadounidense actual la *impracticability* y la imposibilidad de la prestación han terminado por equipararse.

²⁹⁹ Nótese que en el UCC no se contienen disposiciones genéricas sobre obligaciones contractuales. Lo que en él se regulan son una serie de tipos contractuales. La regulación de la *impracticability* a la que hacemos referencia en este trabajo se encuentra entre las disposiciones del contrato de compraventa. Ello explica que en este caso nos refiramos al vendedor.

En cualquier caso, como exponen FARNSWORTH, E.A. (*Farnsworth on Contracts...*, p. 605) y HUNTER, H.O. (*Modern Law of...*, p. 19-49) la redacción del UCC ha tenido una influencia innegable en todo el derecho de contratos.

³⁰⁰ Según el art. 2-616 UCC, aplicable a todo tipo de *impracticability*, ya sea genérica o específica, el comprador, ante la notificación del vendedor de la causa de la *impracticability*, debe decidir en el plazo de 30 días (so pena de que el contrato deje de estar en vigor en relación con las entregas afectadas) entre la terminación del contrato con la correspondiente excusa del cumplimiento o por aceptar la propuesta de modificación que en su caso haya presentado el vendedor. Estas dos opciones solo son posibles cuando la causa de la *impracticability* afecte al sentido del contrato. En otras palabras, si en un supuesto de *impracticability* genérica, la redistribución de los bienes no afecta al sentido del contrato, el comprador debería aceptar la redistribución llevada a cabo por el vendedor. El tenor literal del art. 2-616 UCC es el siguiente:

“§ 2-616. Procedure on Notice Claiming Excuse.

(1) Where the buyer receives notification of a material or indefinite delay or an allocation justified

distribución es que sea justa y razonable. Tal y como se puede apreciar del propio tenor literal del artículo, el grado de discreción del vendedor es sumamente elevado³⁰¹:

“(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable”.

Esta problemática podemos encontrarla en los *leading cases* *Terry v. Atlantic Richfield*³⁰² e *Intermar Inc. v. Atlantic Richfield Co.*³⁰³, que pasamos a analizar a continuación.

Atlantic Richfield era una empresa petrolera que, a causa de la crisis del petróleo de los años 70, así como debido a la regulación que por esas fechas requería a los productores de petróleo de Estados Unidos y el Reino Unido a mantener ciertas cantidades de combustible en almacenamiento, se vio obligada a racionalizar su sistema de distribución de acuerdo con las nuevas circunstancias. Este nuevo sistema de distribución tuvo en cuenta las necesidades previas de sus clientes en años anteriores.

Sin embargo, dos de las estaciones petroleras clientes de Atlantic Richfield

under the preceding section he may by written notification to the seller as to any delivery concerned, and where the prospective deficiency substantially impairs the value of the whole contract under the provisions of this Article relating to breach of installment contracts (Section 2-612), then also as to the whole,

(a) terminate and thereby discharge any unexecuted portion of the contract; or

(b) modify the contract by agreeing to take his available quota in substitution.

(2) If after receipt of such notification from the seller the buyer fails so to modify the contract within a reasonable time not exceeding thirty days the contract lapses with respect to any deliveries affected.

(3) The provisions of this section may not be negated by agreement except in so far as the seller has assumed a greater obligation under the preceding section”.

³⁰¹ Así lo entiende RAUH, T.: “CAPITAL MARKET: Legal...”, p. 6.

³⁰² Este caso fue resuelto por la *Court of Appeals de California* el 26 de agosto de 1977 [72 Cal. Application. 3d. 962 (1977)].

³⁰³ Este caso fue resuelto por el *United States District Court (E.D. Pennsylvania)* el 9 de agosto de 1973 [364 F. Supp. 82 (D. Pa. 1973)].

decidieron cuestionar judicialmente el nuevo sistema de distribución introducido. En el primer caso que comentamos (*Terry v. Atlantic Richfield*) se discutía el sistema utilizado de forma general y en tanto en cuanto se consideraba que era más austero de lo necesario. En el segundo caso (*Intermar Inc. v. Atlantic Richfield Co.*) el demandante adujo que no se había tenido en consideración que su negocio de estación petrolera había comenzado justo un año antes de que se iniciaran las restricciones en el mercado del petróleo y que, por ello, no era adecuado asumir que sus necesidades actuales eran similares a la del año anterior, toda vez que su nivel de producción había crecido exponencialmente con respecto a ese primer año.

En ambos supuestos, el tribunal ante el que se ventilaron los casos confirmó la bondad del método utilizado por el demandado para distribuir el producto ante las nuevas circunstancias. En concreto, en ambos casos se concluyó que, de conformidad con el art. 2-615 UCC, no podía determinarse que el método de distribución fuera injusto o irracional. Es cierto, y ello lo reconocen los tribunales, que el método de distribución podía perjudicar a un determinado cliente por basarse en el historial de ventas cuando este cliente era de nuevo o reciente establecimiento en el mercado. Aun así, la existencia de un mejor método para distribuir la restricción es irrelevante en la medida en que el método o sistema utilizado no es formalmente discriminatorio. A todos los clientes se les aplica el mismo método aunque no todos los clientes sean iguales por sus circunstancias coyunturales.

La regulación contenida en el apartado *b*) del art. 2-615 UCC y las resoluciones judiciales que acabamos de comentar resultan de sumo interés por varias cuestiones. A nuestro juicio, la más importante de ellas radica en la posibilidad de que la *impracticability* sea de dos tipos en función de a quién o de qué modo afecte. En efecto, la *impracticability* puede afectar a un solo contrato y a la capacidad del deudor para cumplirlo —ya sea por causas que pertenezcan *strictu sensu* al contrato, al deudor, o más generales— (primer tipo de *impracticability*), o bien, la *impracticability* puede afectar generalmente a todo un sector comercial o industrial, de tal modo que no es un contrato y sus obligaciones lo que resulta “impracticable” sino, en general, la distribución de un determinado bien o servicio (segundo tipo de *impracticability*). Obsérvese que este segundo tipo de *impracticability*, si bien puede excusar el cumplimiento de un determinado contrato como tal, no puede compararse a la *impracticability* como hasta

ahora la hemos concebido en este trabajo, esto es, como aquella causa que impide o dificulta el cumplimiento de un determinado contrato.

Al tratar sobre esta segunda tipología de *impracticability*, la discusión no puede centrarse, en efecto, en si la *impracticability* debe observarse estrictamente desde el propio contrato —teniendo en consideración las características y circunstancias individuales de las partes—, ni tampoco en si la consecuencia de la aplicación de la doctrina debe ser la excusa del cumplimiento o, en cambio, la adaptación judicial del contrato. Si lo que queda afectado es el mercado en el que se inserta y desarrolla la relación contractual, la *impracticability* y su apreciación debe, como dispone el UCC, autorizar a no cumplir el contrato en sus estrictos términos pero, al mismo tiempo, debe obligar a cumplirlo en la medida de la posible. Y nótese que en ese supuesto no se trata de que el juez adapte el contrato y sus términos; de lo que se trata es de adaptar la demanda y la oferta. Lo que se autoriza es que el vendedor cumpla el contrato de un modo diferente al inicialmente pactado. Esa diferencia solo puede ser de tipo cuantitativo y proporcional a las restricciones en la producción.

Cuestión más discutible, admitida sin embargo en el UCC, es hasta qué punto el cumplimiento de un determinado contrato puede quedar excusado (aunque sea parcialmente) por la existencia de otros clientes con los que aún no existe una obligación contractual. También es discutible que la otra parte contratante, en este caso el comprador o los compradores, deba aceptar sin más que la prestación del vendedor quede parcialmente incumplida. De igual modo que ocurría con los supuestos de imposibilidad parcial, si la prestación del vendedor puede de algún modo dividirse en “subprestaciones”, cada una de ellas con suficiente entidad, el comprador debería quedar obligado a aceptar el cumplimiento parcial en tanto en cuanto es solo una parte de la prestación la que ha devenido “impracticable” o, mejor dicho en este caso, en tanto en cuanto la *impracticability* solo afecta a parte de la prestación contractual.

Así, por ejemplo, si lo que se ha pactado es la entrega de una determinada cantidad de producto y la producción de ese producto se restringe por cualquier causa no imputable a las partes en los términos exigidos para que se aprecie la *impracticability*, el vendedor podrá adaptar la cantidad a entregar modificándola respecto de la acordada

contractualmente, sin que el comprador pueda rechazar el cumplimiento parcial³⁰⁴. De hecho, la única vía que el comprador tendrá para rechazar ese cumplimiento parcial será la alegación y demostración de la inutilidad de ese cumplimiento parcial. Para ello, igual que ocurría en los supuestos de imposibilidad parcial, deberán concurrir los requisitos para la aplicación de la doctrina de la *frustration*³⁰⁵. Esta carga para el comprador de aceptar el cumplimiento parcial supone atribuirle el riesgo de la *impracticability* cuando esta sea general y afecte a un determinado sector industrial o comercial.

Y, claro, la pregunta que surge a continuación es ¿por qué en estos casos se debe aceptar el cumplimiento parcial (incumplimiento contractual en última instancia) y en los supuestos en que la *impracticability* es específica, esto es, cuando solo afecta a un contrato en sí mismo considerado, se cuestiona la adaptación judicial de los términos de la relación? A priori, contestar que cuando la *impracticability* es genérica, la otra parte contratante (el comprador, según el UCC) debe aceptar el cumplimiento parcial, mientras que si la *impracticability* es específica solo debería excusarse el cumplimiento supone una contradicción. Esa contradicción, no obstante, es meramente aparente.

Aparente porque ambos problemas no son equiparables. En un caso, cuando la *impracticability* es genérica afecta a todo el mercado o a todo un grupo de clientes del deudor y, por ese motivo, todo el mercado o todos los clientes deben soportarla. La opción de dejar sin efecto todos los contratos en caso de que las partes no se avengan a renegociarlos no es en realidad una opción. Además, en esos casos, la modificación o adaptación del contrato es meramente cuantitativa y, por ello, no debería suponer un atentado a la libertad contractual. Nótese que si efectivamente la producción de un determinado bien se ve afectada, el comprador de ese bien encontrará las mismas restricciones en el mercado que las que encontrará con su proveedor. La adaptación del contrato es impuesta por el propio mercado, por lo que ninguna razón habrá, en principio, para rechazar la modificación del contrato si esta se ajusta a la del mercado. Otra cosa, de más difícil admisión, es que el comprador deba aceptar, tal y como ocurría en los

³⁰⁴ Este efecto no se estipula en el UCC pero, en opinión de la doctrina, resulta lógico a no ser que el transcurso del tiempo deje sin sentido la readaptación del contrato. V. entre otros a, HUNTER, H.O.: *Modern Law of* ..., p. 19-61.

³⁰⁵ Nótese que, como veremos, la figura de la *frustration* parte de un cumplimiento que es posible pero que carece de sentido para una o ambas partes contratantes.

supuestos jurisprudenciales antes analizados, una adaptación del contrato que, por más que sea proporcional, le resulte más perjudicial que conseguir ese determinado producto de manos de otro proveedor. Ello supondría colocar a ese determinado contratante en una peor posición que la de cualquier otro cliente regular que en ese momento no mantenga una relación contractual con el proveedor del producto.

En cambio, cuando la *impracticability* únicamente afecta a una relación contractual, es dudoso que pueda imponerse a las partes la adaptación del contrato y sus obligaciones. Ni el mercado ni el principio *pacta sunt servanda* exigen dicha modificación. Si se admite, como se admite en el derecho estadounidense, la *impracticability*, esta debe excusar el cumplimiento y dejar indemne a la otra parte. Esa es la mejor manera de distribuir el riesgo que no ha sido distribuido contractualmente al no haberse asumido la posibilidad del cambio de circunstancias. La no asunción de ese riesgo es lo que justifica la excusa del cumplimiento y también lo que no obliga a la otra parte a aceptar una modificación del contrato que no ha asumido. Obviamente, las partes podrán llegar a un nuevo acuerdo si así lo estiman conveniente pero si no llegan a ese nuevo acuerdo, no hay razón alguna para que el tribunal lo haga por ellos. La *impracticability* y su incidencia será una cuestión que solo afecte a las partes de ese contrato y no a todo el mercado.

A estos efectos, cuando se trata sobre las diferencias entre la *impracticability* que hemos denominado genérica (que tratamos en el presente apartado) y la específica, debe tenerse en consideración que lo que distingue a una de otra no es lo que la origina. La *impracticability* es genérica por cuanto supone una restricción de un determinado producto (solo así se explica que en el apartado *b* del art. 2-615 UCC se permita distribuir el riesgo entre todos los clientes del vendedor ante la falta de recursos suficientes) en el mercado sin necesidad de que la causa de la *impracticability* sea también genérica. Nótese, de hecho, que la aplicación del art. 2-615 UCC apartado *b* solo exige que las restricciones en la producción se materialicen entre los clientes del vendedor y no necesariamente en todo el mercado (el mercado de referencia sería, en este caso, los clientes del deudor). Ello da una idea clara de que la causa de esta *impracticability* genérica puede ser específica de una de las partes contratantes (aunque no del contrato). Por el contrario, la *impracticability* que hemos denominado específica debe quedar definida por el hecho de que tan solo afecta al cumplimiento de un determinado contrato,

ya sea la causa de la *impracticability* general o específica del deudor. Cuando la *impracticability* es específica, es el cumplimiento del contrato lo que la genera. Cuando es genérica, el cumplimiento de los contratos considerados individualmente es posible. Lo que no es posible (o muy difícil) es el cumplimiento de todos los contratos del deudor o la propia satisfacción de la demanda en el mercado de referencia.

Adviértase a estos efectos que en el ya analizado caso de *ALCOA* la causa de la dificultad del cumplimiento era genérica puesto que el precio del aluminio en el mercado había subido exponencialmente debido al aumento de los costes de producción derivados de la crisis del combustible de los años 70. La crisis del combustible era de carácter general y afectaba a múltiples industrias. Ello no produjo, aun así, una restricción del producto que Alcoa se había comprometido a entregar contractualmente. La crisis del combustible produjo que los costes de producción de Alcoa crecieran y, a su vez, este aumento de los costes de producción provocó que el precio fijado en el contrato no fuera el adecuado según el mercado. El precio fijado contractualmente no era acorde a las disposiciones del mercado en ese momento pero no hubo restricciones en la producción de aluminio que legitimara a Alcoa a repartir su producción entre sus clientes, adaptando las obligaciones contractuales que se hubiera comprometido a cumplir. El mercado no obligaba a la adaptación contractual que realizó el tribunal. Tampoco obligaba a ella, como ya hemos analizado, el principio de vinculación contractual o *pacta sunt servanda*.

4.4.5 La impracticability debe ser apreciada y aplicada únicamente por los tribunales: consideraciones sobre la suspensión del cumplimiento de la prestación a través del estudio de los casos del Canal de Suez

La *impracticability* es una doctrina que excusa el cumplimiento del contrato (al menos en sus estrictos términos) y que debe ser aplicada por los tribunales. Ello se debe no solo a que una de las posibles soluciones que aplican los tribunales sea la modificación o adaptación del contrato, sino también a que son los tribunales los únicos autorizados a excusar el cumplimiento de una obligación contractual. Así se pone de manifiesto en el supuesto *Transatlantic Fin. Corp. v. United States*³⁰⁶.

³⁰⁶ Este caso fue resuelto por *The United States District Court for the District of Columbia* el 28 de abril de 1965 [363 F. 2d 312 (D. C. Cir. 1966)].

Transatlantic Fin. Corp. se comprometió contractualmente con el gobierno de Estados Unidos a transportar por mar desde Texas hasta Irán un cargamento de trigo. Una vez la nave había partido, tras quince días en alta mar, se cerró el Canal de Suez, motivo por el que Transatlantic Fin. Corp. se puso en contacto con el gobierno de Estados Unidos en busca de una solución alternativa para el cumplimiento del contrato (en el contrato no se había establecido la ruta exacta)³⁰⁷. Sin embargo, al no recibir una respuesta concluyente del gobierno y ante la previsión de que el canal permanecería cerrado por un largo periodo, Transatlantic decidió enviar la nave a Irán por la única ruta posible en esos momentos: la costa africana. El cargamento de trigo fue entregado pero el cambio de ruta supuso mayores costes para la empresa naviera.

Por ese motivo, y ante la negativa del gobierno de Estados Unidos al pago de los gastos derivados del cambio de ruta, Transatlantic interpuso una demanda reclamando los gastos extra en los que había incurrido en aplicación de la doctrina de la *frustration of contract* (en realidad se trata de *impracticability*)³⁰⁸. El tribunal rechazó las pretensiones incluidas en la demanda bajo el razonamiento de que el cambio de ruta no había producido una alteración extraordinaria de los términos del contrato³⁰⁹. La entrega de la mercancía

³⁰⁷ Como pone de manifiesto TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 204 y 205), la clave para entender y resolver estos supuestos no se sitúa tanto en si las partes pactaron o previeron cuál era el medio de transporte elegido sino en si el cumplimiento a través de otro medio hace la prestación “impracticable”.

³⁰⁸ Este es uno de esos supuestos en los que se pone de manifiesto la enorme confusión que existe en el derecho estadounidense a la hora de delimitar las fronteras entre las distintas doctrinas sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias. A nuestro juicio, no es este un caso de *frustration* sino de *impracticability*. La prestación se torna, ante el cambio de circunstancias, más difícil de cumplir sin que se frustre el propósito de las partes al contratar.

³⁰⁹ Apunta GOLDBERG, V. P. (“Impossibility and Related Excuses”. *Journal of institutional and Theoretical Economics*: vol. 144, nº 1, febrero-1988, p.105) que la posibilidad del cierre del Canal de Suez o del cambio de ruta no solía ser incluido en este tipo de contratos como circunstancias de fuerza mayor, lo que, en su opinión, impide que se pueda excusar el cumplimiento en estos casos. Además, este autor (*Ibidem*, p. 106) justifica la decisión del tribunal desde postulados económicos: la excusa del cumplimiento de la empresa transportista debido al cierre del Canal se relaciona genéricamente con las condiciones del mercado que afectan a toda esa industria (es más caro para todos transportar bienes) y, por ello, excusar el cumplimiento en este caso conllevaría mayores costes no solo para el deudor sino también para el acreedor. En cambio, si las circunstancias no afectaran por igual a todo el mercado sino solo al deudor, los beneficios de hacer responsable al deudor serían muy bajos, pues el acreedor podría conseguir la misma prestación en el mercado sin grandes perjuicios. En ese caso, para este autor, sí debería excusarse el cumplimiento al ser esta la decisión más justificada desde postulados económicos. La clave, para este autor, está en determinar si el cambio de circunstancias afecta a todo el mercado (en cuyo caso no debe nunca ser causa para la excusa del cumplimiento) o si solo afecta al deudor y a su capacidad de cumplimiento. En el primer caso, las partes deberían haber tomado precauciones a la hora de contratar incluso ante circunstancias imprevisibles. En el segundo caso, cuando el cambio de circunstancias no afecta a todo el mercado sino tan solo a la capacidad de cumplir del deudor, debe valorarse la posibilidad de excusar el cumplimiento.

era posible, aunque a un mayor coste.

Ello demuestra, lógicamente, que Transatlantic Fin. Corp. hizo bien al no suspender el cumplimiento de su obligación a pesar de las dificultades. Se esté de acuerdo o no con la anterior decisión, lo que parece claro (y lógico) es que la dificultad de la prestación (por muy grave que sea) no autoriza a no cumplir con el contrato. Esa es una decisión que solo puede y debe ser acordada judicialmente. De lo contrario, si se autorizara a suspender el cumplimiento hasta que un tribunal declarase la existencia o no de la *impracticability*, se estaría poniendo en riesgo la obligatoriedad del contrato. Si ello fuera así, lo que los tribunales deberían declarar no es la excusa del cumplimiento sino el deber de observar las obligaciones contractuales. No obstante, mantener la anterior postura también implica que en aquellos supuestos en que no se pueda acudir a los tribunales de forma inmediata y a posteriori se declare la existencia de la *impracticability*, deberá indemnizarse al deudor los mayores gastos en los que ha incurrido en el cumplimiento cuando este debería haber sido excusado. Este derecho, sin embargo, ha sido negado en varias ocasiones por los tribunales³¹⁰. Una excepción a esta negación es el caso ya comentado de NIPSCO.

Un caso muy parecido al que acabamos de comentar (una de las diferencias principales reside en el hecho de que el demandando no era el gobierno de Estados Unidos sino la compañía Shell Int'l Marine Ltd.) es el de *American Trading & Production Corp. v. Shell Int'l Marine Ltd*³¹¹. En este caso también se decidió en contra de la empresa

V. GOLDBERG, V. P. (*Ibidem*, p. 115): “[...] the distinction between supervening circumstances which affect market conditions and those which affect the cost of performing this particular contract is the key to understanding the case law and the decisions of the parties as to when performance should be excused. Market fluctuations, even beyond the range that reasonable men might have foreseen, are not a ground for discharging a contract. That does not mean that the parties will set the price term and accept any subsequent price changes as part of their bargain. They have a number of devices at their disposal for adjusting the contract price to changed market conditions –indexing being the most obvious”.

³¹⁰ Cfr. MURPHY, E.J. y SPEIDEL R.E.: *Studies in Contract...*, p. 984.

³¹¹ Este supuesto fue resuelto por el tribunal del 2º Circuito en 1972 [453 F.2d 939 (2d Cir.1972)]. El cierre del Canal de Suez produjo en la época mucho interés entre la doctrina anglosajona. V. al respecto, por ejemplo (y entre otros) los siguientes artículos, SCHLEGEL, J.H.: “Of Nuts, and...”, pp. 419 a 448 y BIRMINGHAM, R.L.: “A Second Look at the Suez Canal cases: Excuse for Nonperformance of Contractual Obligations in the Light of Economic Theory”. *Hastings Law Journal*: vol. 20, 1969, pp. 1393 a 1416.

Un caso muy parecido pero resuelto en la jurisdicción inglesa fue el caso de *Tsakiroglou & Co Ltd v. Noble Thorl GmbH* (1962 A.C. 93). *The House of Lords* dispuso en este caso que el cierre del Canal de

transportista, quien no vio excusado su deber de cumplimiento ante el cierre del Canal de Suez durante su travesía desde Texas hasta Bombay, ni tampoco vio compensados los mayores gastos incurridos durante la travesía. Es más, el tribunal que decidió el caso obligó a la empresa naviera a abonar a la compañía Shell la cantidad de 131.978,44 dólares en concepto de daños y perjuicios. Estos daños y perjuicios se correspondían con el coste del retraso con respecto a la fecha de la entrega de la mercancía. El tribunal consideró que la empresa naviera era responsable de este retraso al haber omitido la alerta que Shell le remitió mientras repostaba en la ciudad de Ceuta sobre el posible cierre del Canal de Suez. La empresa naviera hizo caso omiso de este aviso y decidió continuar con la ruta inicialmente prevista. Una vez en el Canal de Suez, este fue cerrado, por lo que debió dar marcha atrás³¹².

En el Reino Unido también hubo numerosos casos relacionados con el cierre del Canal de Suez. La mayoría de ellos se resolvieron en contra del transportista al considerarse que la prestación no se había vuelto “impracticable” pues el cambio de ruta no había afectado de forma fundamental a las obligaciones y derechos de las partes³¹³.

En relación con estos supuestos relacionados con el cierre del Canal de Suez, no puede dejar de señalarse, por último, que en el actual art. 2-614 del UCC se establece que si el medio de transporte pactado deviene “impracticable”, pero otro medio de transporte sustitutivo es razonable, entonces la mercancía debe ser entregada o transportada a través de ese medio. La cuestión, claro está, reside en determinar cuándo ese medio sustitutivo es razonable.

Suez no era causa suficiente para excusar el cumplimiento toda vez que en el contrato no se había estipulado la ruta por la que debían ser transportadas las mercancías.

³¹² A propósito de *Transatlantic Fin. Corp. v. United States* y *American Trading & Production Corp. v. Shell Int'l Marine Ltd* se establece en las ilustraciones 9 y 10 del art. 261 del *Restatement (Second) of Contracts* dos ejemplos sobre el transporte marítimo y el posible cierre del Canal de Suez (Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the Law Second. Contracts. Pamphlet no. 2*, 2ª ed. St. Paul (Minnesota): American Law Institute Publishers, 1981, pp. 317 y 318). Específicamente, en el primer ejemplo, Ilustración nº 9, se trae a colación el caso de *Transatlantic Fin. Corp. v. United States* y se afirma que en dicho supuesto no debía excusarse el cumplimiento.

³¹³ Sin embargo, en un caso muy similar, *Soc Tunisienne d'Armement v. Sidermar SpA (The Massalia)* – (1961 2 Q.B. 278), se declaró el derecho del transportista a ser indemnizado por el mayor coste que le había supuesto el cambio de ruta. La diferencia entre uno y otro supuesto estriba en el hecho de que en este último caso las partes sí habían hecho referencia en el contrato a que el transporte de las mercancías se llevaría a cabo a través del Canal de Suez.

4.5 La *frustration* en el derecho estadounidense (e inglés)

Otro de los supuestos diferenciados de la *impracticability* (y de la *impossibility*) que en el derecho estadounidense permite al deudor no cumplir con su obligación contractual es la *frustration of contract*³¹⁴. Esta viene definida en el art. 265 del *Restatement (Second) of Contract* del siguiente modo:

“265. Discharge by Supervening Frustration

Where, after a contract is made, a party's principle purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary”.

Como es apreciable de una mera lectura del precepto, la regulación es muy similar a la contenida en el art. 261 sobre la *impracticability*. Así, en efecto, en ambos artículos se exige (a) que el cambio de circunstancias sea sobrevenido (“*after a contract is made*”), (b) que no haya culpa o negligencia en la parte que pretende la aplicación de las doctrinas (“*without his fault*”), (c) que tenga lugar un evento que las partes asumieron al contratar que no ocurriría (“*basic assumption*”) y, (d) que del lenguaje o de las circunstancias no se infiera una consecuencia distinta a la que se deriva de la aplicación de las respectivas doctrinas (“*unless the language or the circumstances indicate the contrary*”)”

Fácilmente apreciables también son las diferencias entre ambos preceptos. Esas diferencias radican no en los requisitos sino en el supuesto de hecho que da lugar a su aplicación: en el art. 261 se regula la dificultad de la prestación (*impracticability*) y en el

³¹⁴ Al contrario de lo que ocurría en relación con la *impracticability*, la *frustration* es una doctrina originada en el derecho inglés y no aceptada hasta muy recientemente por los tribunales estadounidenses (Cfr. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, p. 314). Curiosamente, sin embargo, a pesar de sus orígenes, en la actualidad los tribunales ingleses son más reacios a aplicar la doctrina que los estadounidenses (V. TREITEL, G.H.: *Ibidem*, pp. 346 y 347).

Exponen BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J. (*Anson's Law of...*, p. 475) que la doctrina, denominada inicialmente “*frustration of the adventure*”, originariamente solo era aplicada (antes de *Krell v. Henry*) a contratos para el transporte marítimo.

art. 265 la frustración del contrato o, mejor dicho, del propósito principal de una de las partes o de ambas a la hora de contratar (“*frustration of the contract or of its purpose*”). En cuanto a las consecuencias, tanto en el art. 261 como en el 265 se establece sin más que el deudor queda excusado del cumplimiento de su obligación.

Esta excusa al cumplimiento en los supuestos de *frustration*, al contrario de lo que ocurre en los supuestos de *impracticability*, no se relaciona (en principio o a priori) con la problemática sobre los poderes del juez para adaptar o modificar el contrato. En los supuestos de *frustration*, toda vez que el interés o propósito del contrato ha desaparecido, no tiene ningún sentido el ajuste de prestaciones³¹⁵. Desde luego, por algo se diferencian las doctrina de la *impracticability* y de la *frustration*, la frustración del principal propósito de las partes (o de una de ellas) no puede consistir en que el contrato es muy difícil de cumplir en términos económicos, ni tampoco en el hecho de que no genere beneficios. La *frustration* se relaciona con la pérdida de sentido del contrato. Por ello, es necesario que el propósito por el que se contrató se haya desvanecido aunque, por supuesto, ese propósito no puede consistir sin más en la ganancia patrimonial pues es bien posible que el propósito de enriquecerse se desvanezca pero que, aun así, el contrato siga teniendo sentido³¹⁶.

La doctrina de la *frustration* tiene su origen en los bien conocidos casos de la coronación, resueltos todos ellos por los tribunales ingleses a principio del siglo XX³¹⁷. Estos casos tienen como común denominador la cancelación de la procesión de coronación del Rey Eduardo VII por las calles de Londres. El primero de los casos en los que se apreció la doctrina de la *frustration of contract* es *Krell v. Henry*.³¹⁸

El 20 de junio del año 1902, Paul Krell y C.S. Henry suscribieron un contrato de arrendamiento en virtud del cual Krell se comprometió a ceder el uso del apartamento de

³¹⁵ Así se infiere de la opinión de WEISKOPF, N. R.: “Frustration of contractual purpose – Doctrine or myth? *St. John’s Law Review*: vol. 70, primavera-1996, pp. 239 a 271.

³¹⁶ Debería haberse alegado en este caso la doctrina de la *impracticability*.

³¹⁷ Una perspectiva general sobre estos casos puede ser encontrada en WLADIS, J.D.: “Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law”. *Georgetown Law Journal*: vol. 75, 1987, pp. 1575 a 1631.

³¹⁸ Este caso fue resuelto en el año 1903 por la *Court of Appeals* británica [(1903) 2 K.B. 740].

su propiedad a Henry los días 26 y 27 de junio de ese año a cambio de 75 libras esterlinas. De las 75 libras esterlinas en las que consistía la renta, 25 fueron abonadas en la misma fecha en que fue perfeccionado el contrato, mientras que las restantes 50 debían ser abonadas el 24 de junio, dos días antes del primero de los dos días de procesión. El contrato de arrendamiento había tenido como reclamo un anuncio de Krell en el que claramente se especificaba que se arrendaba un apartamento para presenciar la procesión. Sin embargo, en la correspondencia de negociación y confirmación del contrato no se incluyó que el propósito del contrato era la visualización de la coronación³¹⁹.

El día 24 de junio las procesiones fueron canceladas debido a que el rey sufría una apendicitis. Ante la cancelación definitiva de la procesión, Henry se negó a pagar las 50 libras esterlinas correspondientes a la parte de la renta que aún no había sido abonada. Por este motivo, Krell procedió a reclamarla judicialmente. Ante la reclamación de Krell, Henry negó que debiera abonar el resto de la renta y, además, mediante demanda reconventional (“*counterclaim*”), solicitó que se le devolviera la parte de la renta que había abonado a la perfección del contrato.

En primera instancia se estimaron totalmente las pretensiones de Henry, negándose el “derecho” de Krell a la parte de la renta no abonada y obligándose asimismo a devolver la parte ya recibida. Krell recurrió en apelación ambas decisiones, pero finalmente el tribunal de apelación (“*the court of appeal*”) tan solo se pronunció sobre el deber de Henry de pagar las 50 libras esterlinas que aún no habían sido abonadas, toda vez que Henry, una vez interpuesto el recurso, desistió de la acción de reclamación de las 25 libras pagadas.

La pretensión de Krell, consistente en que se le abonara la parte de la renta aún no pagada, fue desestimada por el tribunal toda vez que las partes contemplaron y asumieron como básico a la hora de contratar que la procesión del rey Eduardo VII se llevaría a cabo los días previstos contractualmente. Las palabras del juez que decidió el caso, el juez Vaughan, fueron las siguientes: “[...] *it cannot reasonably be supposed to have been in the contemplation of the contracting parties, when the contract was made,*

³¹⁹ Expone McKENDRICK, E.G. (“Discharge by Frustration...”, pp. 1328 y 1329) que el propósito de las partes también había quedado patente por el hecho de que el apartamento solo hubiera sido alquilado para ser utilizado durante el plazo de un día.

that the coronation would not be held on the proclaimed days, or the processions not take place on those days along the proclaimed route”.

El contrato de arrendamiento suscrito entre Krell y Henry tenía como único reclamo la contemplación de la coronación del rey por parte del arrendatario. Aun así, resulta indudable que el contrato y sus prestaciones eran susceptibles de ser cumplidas (aún podía ser abonada la renta y cedido el uso del apartamento) y, también, que estas prestaciones no se tornaron de muy difícil cumplimiento. Lo que ocurrió en este caso, y eso es lo que lo define como un caso prototípico de la frustración contractual, es que el motivo (principal y único) por el que una de las partes contrató se vio frustrado de forma sobrevenida³²⁰.

Si se compara el razonamiento utilizado en el supuesto de *Krell v. Henry* con el art. 265 del *Restatement (Second) of Contracts* se podrá apreciar que en la resolución del tribunal se encuentran presentes todos y cada uno de los elementos requeridos por el *Restatement*. Así, en efecto, a) las partes asumieron como elemento básico para el cumplimiento del contrato que la procesión de coronación del rey no sería cancelada o pospuesta, b) la cancelación de la procesión tuvo lugar con posterioridad a la perfección del contrato, c) la cancelación no es atribuible a ninguna de las partes y d) ni del contrato ni de las circunstancias concurrentes al tiempo de contratar podía deducirse que alguna de las partes efectivamente asumiera el riesgo de esa cancelación³²¹.

En cuanto a las consecuencias de la aplicación de la *frustration of contract*, la resolución de *Krell v. Henry* y el *Restatement* también coinciden: se debe excusar el cumplimiento. Lo que no se decidió en el caso de *Krell v. Henry* (debido al desistimiento de esta acción por parte de Henry) es lo que ocurre con aquellas prestaciones ya ejecutadas

³²⁰ Así lo expone SCHWARTZ, A. A.: “A “Standard Clause Analysis” of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause”. *UCLA Law Review*: vol. 57, febrero-2010, pp. 789 y ss.

³²¹ Expone GOLDBERG, V. (“Excuse Doctrine: Eisenberg...”, pp. 359 y ss.) que la enfermedad del rey era perfectamente previsible. Así, en efecto, el rey era bien conocido por su sobrepeso y su adicción al tabaco. A todo ello debe unírsele el pésimo clima de la ciudad de Londres. Todos estos elementos hacían previsible el riesgo de cancelación.

Nótese, sin embargo, que la decisión del tribunal no se basó en la (im)previsibilidad del evento sino en la existencia de una asunción tácita de las partes consistente en que la coronación no sería cancelada. En definitiva, por más que la cancelación de la coronación fuera probable o previsible, lo relevante para el tribunal era el hecho de que las partes asumieran que ello no ocurriría.

parcialmente (¿deben ser estas restituidas o la *frustration* solo excusa del cumplimiento de aquellas prestaciones aún no cumplidas?³²²), ni tampoco si debe indemnizarse a la contraparte los gastos incurridos en la preparación de la prestación³²³.

Estas cuestiones serán abordadas más adelante. Ahora lo que nos interesa es, de un lado, diferenciar la *frustration of contract* de las otras figuras relativas a la excusa del cumplimiento ante el cambio de circunstancias y, de otro lado aunque íntimamente relacionado con el anterior objetivo, comprobar cuál es el significado y alcance de los requisitos de aplicación de la doctrina.

Empezando por este segundo objetivo, parece claro, en primer lugar, que en el supuesto de *Krell v. Henry* ambas partes compartieron la asunción de que el proceso de coronación tendría lugar en los días previstos y, en segundo lugar, que Henry no asumió ni debió asumir el riesgo de que la asunción de las partes, consistente en que la cancelación no tendría lugar, fuera incorrecta³²⁴. Adviértase, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido desde la decisión de este supuesto, la doctrina anglosajona aún no está de acuerdo en la bondad o no de esta decisión. Algunas voces, de hecho, destacan que la cancelación del desfile era previsible³²⁵. Tanto es así, afirman estos autores, que muchos contratos similares al del caso de *Kell v. Henry*, que tenían como razón de ser la coronación, no fueron declarados frustrados ante la cancelación de la coronación de Eduardo VII. La razón fue la previsibilidad de la suspensión de la coronación.

Nótese que lo que se quiere poner de manifiesto con esta crítica no es que no existiera una *basic assumption* sobre el mantenimiento de la celebración de la procesión,

³²² En otro supuesto, también englobado en los casos de la coronación, en el que el contrato para presenciar desde una grada el desfile se declaró frustrado, se negó que las cantidades abonadas anticipadamente debieran ser devueltas. V. en este sentido *Blakely v. Muller y Hobson v. Pattenden* (903 19 T.L.R. 186).

³²³ En este sentido, expone FULLER, L.L. y PERDUE, W. R (*Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*. Traducido y comentado por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1957, p. 85) que: “El dueño del inmueble trató de obligar al demandado a pagar el precio prometido y el Tribunal rechazó la petición. Es pertinente dudar acerca de si hubiese recaído la misma decisión en el caso de que el demandante hubiese renunciado generosamente a la renta prometida y sólo hubiese pedido el reembolso de lo gastado en la preparación de las habitaciones para el uso especial del demandado”.

³²⁴ V. EISENBERG, M.A.: “Impossibility, impracticability, and...”, pp. 383 y ss.

³²⁵ Cfr. EISENBERG, M.A.: *Ibidem*.

sino que el riesgo de la cancelación, al ser previsible, debió ser asumido por las partes; más concretamente por la parte que podía verse perjudicada por dicha cancelación. La discusión entonces no se sitúa en torno a los requisitos de la *frustration* sino en el alcance de estos.

Al albur de esta crítica resulta de sumo interés destacar el supuesto de *City of Miami Beach v. Championship, Inc*³²⁶. En este caso se obligó a una empresa organizadora de eventos deportivos a pagar a la ciudad de Miami Beach la renta correspondiente al alquiler, durante una noche, de un recinto propiedad de la ciudad. La obligación de pago, declaró el tribunal, es exigible a pesar de que el único propósito declarado del arrendatario era alquilar el local para la celebración de un campeonato mundial de boxeo y este combate tuvo que ser cancelado debido a una lesión de uno de los combatientes (la comisión oficial encargada del campeonato posteriormente decidió que el combate tuviera lugar en la ciudad de Las Vegas.) La razón que dio el tribunal para no aplicar la doctrina de la *frustration of purpose* no fue otra que la previsibilidad del evento sobrevenido y la necesidad de que el demandante hubiera previsto algún mecanismo contractual al respecto. En cambio, los tribunales del estado de Nueva York, algunos años antes, en un caso muy similar al anterior³²⁷, decidió en sentido opuesto. En dicho caso el deudor se comprometió a publicar en un revista la celebración de una competición internacional de carreras de yates. Sin embargo, cuando muchas de las publicaciones pactadas ya estaban preparadas, la carrera se suspendió como consecuencia del comienzo de la I Guerra Mundial. El tribunal determinó la frustración del contrato y la excusa del cumplimiento por parte del anunciante de su obligación de pago a la revista.

Sea como sea, se esté o no de acuerdo con las anteriores decisiones, lo importante ahora es destacar que, al contrario de lo que ocurría con la *impracticability*, en relación con la *frustration* parece comúnmente admitido en la doctrina que su fundamento se sitúa indiscutiblemente en el contrato y en el riesgo que las partes asumieron o debieron asumir en virtud de este.

³²⁶ Este caso fue resuelto por la *District Court of Appeal of Florida* el 13 de junio de 1967 [200 So.2d 583 (Fla. App. 1967)].

³²⁷ *Marc's Realty Co. v. Hotel Hermitage Co.* (170 App. Div. 484, 156 N.Y.S 179 1915).

4.5.1 La frustración del propósito del contrato y su posible asimilación con la imposibilidad de la prestación. El derecho inglés y la normativa de la Frustration Act

Otra de las cuestiones ineludibles que deben abordarse a la hora de tratar sobre la *frustration of contracts* es, como no, la definición y alcance del principal propósito de las partes. En definitiva, es este elemento, como hemos visto tanto en el *Restatement* como en *Krell v. Henry*, lo que provoca la aplicación de la doctrina. Varias son las preguntas que surgen a este respecto: ¿debe ser este propósito compartido por las partes?³²⁸ Y, si no es compartido, ¿debe ser conocido por la otra parte o tan solo reconocible?; ¿dónde está el límite entre los simples motivos y el principal propósito de las partes?; ¿debe inferirse el propósito de la tipología de contrato o de las prestaciones?

Al respecto, parte de la doctrina anglosajona, al analizar la naturaleza y alcance del propósito del contrato cuya frustración provoca la excusa del cumplimiento, asegura que no basta con que el propósito sea individual por mucho que sea conocido por la otra parte. Es necesario, se afirma, que el propósito, aunque no sea común, sí sea compartido, de modo que la contraparte lo reconozca como propósito y pase así a formar parte del objeto del contrato³²⁹. Y entendido así este requisito, podría considerarse que el caso de *Hell v. Henry* no es uno de *frustration* sino de imposibilidad. Así, en efecto, si se considera que el contrato suscrito entre Hell y Henry no era sin más un contrato de arrendamiento sino un contrato de arrendamiento para observar desde un lugar privilegiado la procesión del rey Eduardo VII, al no celebrarse la procesión, podría considerarse también que el cumplimiento del contrato resultaba imposible³³⁰. El motivo del contrato de arrendamiento era parte de su objeto; de hecho era su objeto mismo. Si

³²⁸ Para LAWRENCE, L.: *Lawrence's Anderson on...*, pp. 886 y 887) es indudable que el propósito de las partes debe ser compartido para que su frustración pueda dar lugar a la excusa del cumplimiento.

En el mismo sentido, expone TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, p. 325) que en el supuesto de *Krell v. Henry* no podría haberse declarado frustrado el contrato en el supuesto en que Henry se hubiera enfermado. En ese supuesto, a pesar de no poder disfrutar del objeto arrendado, no se habría frustrado el propósito común de las partes.

³²⁹ En este sentido afirma Cfr. LORD, R.A.: (*Williston on Contracts...*, p. 599) lo siguiente: "Not only must the principal purpose be frustrated but, also, all parties must share this frustrated purpose as their own".

³³⁰ En ese supuesto, expone CORBIN, A.L. ("Frustration of Contract...", p. 5) que la parte que no ve cumplido su propósito contractual solo podría justificar el no cumplimiento de su obligación en la figura de la "*failure of consideration*".

ese objeto (arrendar para ver la procesión) se torna imposible, ¿no nos encontramos ante la institución de la imposibilidad de la prestación?

Con este mismo propósito, el de la asimilación de ambas doctrinas, podría ser citado el caso de *20th Century Lites, Inc. v. Goodman*³³¹. En este supuesto se dilucidaba si un contrato de arrendamiento de luces de neón se había frustrado como consecuencia de la prohibición gubernamental de usar ese tipo de luces al amanecer o atardecer como medida de seguridad excepcional ante la II Guerra Mundial. Ante esta solicitud por parte del arrendatario, el propietario de las luces se negaba a la excusa del cumplimiento sobre la base de que el demandado podía utilizar las luces de neón durante el día. Por su parte, el tribunal determinó que el demandante, con conocimiento y aceptación por parte del demandado, había alquilado las luces con el objeto de atraer clientela durante el horario nocturno, con independencia de que las luces pudieran utilizarse también durante el día. El tribunal determinó, en definitiva, que el uso que el demandando pretendía dar a las luces estaba en la base del contrato.

En este caso, se observa como el principal propósito de una de las partes (utilizar las luces de neón durante el horario nocturno) podría también considerarse como el objeto del contrato. De hecho, el razonamiento del tribunal es muy similar al utilizado en el supuesto que se cita como clásico en relación con la doctrina de la imposibilidad, *Taylor v. Caldwell*: “Where from the nature of the contract and the surrounding circumstances the parties from the beginning must have known that it could not be fulfilled unless when the time for fulfillment arrived, some particular thing or condition of things continued to exist so that they must be deemed, when entering into the contract, to have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done; in the absence of any express or implied warranty that such thing or condition of things shall exist the contract is to be construed as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible or the purpose of the contract frustrated from such thing or condition ceasing to exist without default of either of the

³³¹ Este caso fue resuelto por el *Appellate Department, Superior Court, Los Angeles County, California* el 18 de mayo de 1944 [64 Cal.App.2d 938, 149 P.2d 88].

Si se atiende a esta última decisión (y a su razonamiento), parece que la *frustration* es solo un tipo muy específico de imposibilidad en el que lo se hace imposible no es en sí el cumplimiento sino el propósito a conseguir a través del cumplimiento.

parties".

Del mismo modo, para demostrar que *Krell v. Henry* no es un caso de *frustration* sino de imposibilidad se trae a colación un supuesto hipotético en el que, a pesar de frustrarse el propósito de una de las partes, no parece apropiado excusar el cumplimiento del contrato³³². Ese supuesto hipotético viene reseñado por el tribunal en el caso de *Krell v. Henry*. Según ese supuesto hipotético, en una determinada ciudad se celebra un acontecimiento deportivo muy importante. Por ello, ante la más que previsible escasez de transporte para acudir al evento, una persona llega a un acuerdo con un taxista para que lo transporte al evento a cambio del pago de un precio superior al que se hubiera abonado en condiciones normales. Obviamente, el taxista conoce el motivo de esa mayor retribución a pesar de que la contraparte no exterioriza dicho motivo. ¿Qué ocurre si el evento deportivo se cancela?; ¿en qué se diferencia este supuesto al caso de *Krell v. Henry*?

Aquellos que niegan sustantividad a la doctrina de la *frustration* en tanto en cuanto la identifican con la imposibilidad de la prestación defenderían que, en este supuesto concreto, el propósito por el cual se pactó el servicio de taxi no forma parte del contenido contractual. La mejor prueba de ello es que el cliente podría seguir exigiendo el servicio toda vez que el propósito por el que lo contrató no pasó a formar parte del objeto del contrato. Del mismo modo, el taxista no podría negarse al cumplimiento de su deber contractual aunque se hubiera suspendido el evento deportivo. En cambio, se aduce, en *Krell v. Henry*, toda vez que el propósito del contrato había pasado a formar parte de su objeto (aunque se tratara de un propósito no compartido), cualquiera de las dos partes podía negarse a cumplir el contrato una vez se hubo suspendido la procesión de coronación.

Para algunos autores, la diferencia estriba en el hecho de que en *Krell v. Henry*, el propósito por el que se contrataba pasó a formar parte de la base ("*foundation*") del contrato, lo que provocó la imposibilidad de que este fuera cumplido. Una imposibilidad de la prestación provocada por la frustración del propósito de las partes (de una de ellas en este caso) pero imposibilidad al fin y al cabo: la prestación tal y como fue diseñada,

³³² Cfr. WEISKOPF, N. R.: "Frustration of contractual...", pp. 239 a 271.

esto es, apta para cumplir con un determinado fin, resultó de forma sobrevenida e inesperada imposible de cumplir³³³.

Los autores que rechazan la sustantividad de la *frustration of contract* frente a la imposibilidad de la prestación también suelen traer a colación un supuesto que, en una situación prácticamente idéntica a la de *Krell v. Henry*, el mismo tribunal rechazó la excusa del cumplimiento bajo la doctrina de la *frustration of contract*. Se trata del supuesto de *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton*, también resuelto por *The Court of Appeal*³³⁴. En este caso, lo que se había arrendado era un barco de vapor con el fin de poder observar desde él los ejercicios navales que se celebrarían a propósito de las fiestas de coronación del rey. El propósito por el que se arrendaba el barco de vapor fue conocido por el arrendador y, de hecho, en este caso sí, se hizo referencia expresa a él en el contrato. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en *Krell v. Henry*, en este caso el tribunal entendió que debía abonarse la renta estipulada para el arrendamiento del barco toda vez que la prestación era aún susceptible de ser cumplida. Para el tribunal, la diferencia entre este caso y el de *Krell v. Henry* estribaba en que aquí el propietario del barco no lo había ofrecido con el propósito de observar los festejos que se celebrarían en la coronación del rey. El propósito del arrendatario, aun incluido en el contrato, no había pasado a formar objeto del contenido prestacional de las partes³³⁵.

Aun así, a nuestro juicio, este supuesto no demuestra que todos los casos de *frustration* lo son de imposibilidad de la prestación o bien no excusan el cumplimiento de

³³³ Cfr. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 319 a 325.

³³⁴ [2 kb 683 (CA 1903)]

³³⁵ Además, expone TREITEL, G.H. (*Ibidem* ..., pp. 324 y 325) que mientras que la contratación del paseo en barco seguía teniendo valor como atracción turística a pesar de la cancelación de la procesión, la contratación del balcón, en cambio, no tenía sentido si no se llevaban a cabo los actos de coronación del rey. En el caso de *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton* no se produjo una total frustración del propósito del contrato.

En el mismo sentido, GOTTSCHALK, R.: *Impossibility of performance...*, p. 16 a 18. Sin embargo, este autor cree que a pesar de ello sí existe contradicción entre este caso y *Krell v. Henry*. Nótese, en efecto que, a diferencia de lo que ocurrió en este último caso, en *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton* sí se estableció que el propósito por el que se alquilaba el barco era la coronación del Rey.

Hubo muchos contratos que se vieron afectados por la cancelación de la procesión real. Sin embargo, como expone NEHF, J.P. (*Corbin on contracts...*, p. 256) pocos de ellos tenían la procesión real como propósito común y aceptado por las partes. Ese propósito era en la mayoría de los supuestos individual y prueba de ello es que el “precio” de las prestaciones no se vio aumentado a causa de la procesión (al contrario de lo que había ocurrido en el caso de *Krell v. Henry*).

la prestación. Tanto en *Krell v. Henry* como en *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton* se analiza si la prestación (a través de la frustración de su propósito) deviene imposible no porque (a día de hoy, según el estado actual de la doctrina) se pueda poner en duda las diferencias entre la *impossibility* y la *frustration*, sino porque al tiempo en que fueron decididos, a principios del siglo XX, solo la imposibilidad, y aun restrictivamente, podía excusar el cumplimiento. Lo que nos enseñan estos supuestos es que la *frustration of contract* —aunque aún en ese momento se asimilara a la imposibilidad— como excusa al cumplimiento de la obligación depende en última instancia de que el propósito que se frustre sea común (además de principal) o que, aun siendo individual, pueda oponerse a la otra parte del contrato³³⁶.

¿Y si ello es así, por qué es incorrecto asimilar la imposibilidad y la *frustration*?; ¿no se obligó Henry a satisfacer las apetencias de Krell, permitiéndole observar la coronación desde un lugar privilegiado? Pues parece que no. La obligación de Henry era de resultado. Ese resultado consistía simplemente en permitirle hacer uso de su apartamento para observar la procesión de coronación. Obviamente, el arrendador conocía que el motivo por el que se arrendaba el apartamento y se pagaba tan alto precio era la procesión de coronación. Ese conocimiento del propósito del arrendatario no provocaba, sin embargo, que el arrendador quedara obligado a satisfacer las apetencias o necesidades de la contraparte.

Nadie puede obligarse hasta tal punto por la sencilla razón de que, en última instancia, tal satisfacción es individual e incontrolable. Lo que sí puede ocurrir es que la satisfacción de dichas necesidades o apetencias sean tan esenciales que el cumplimiento de las prestaciones se subordine al cumplimiento del propósito común de las partes o individual de una de ellas. Esta subordinación puede conseguirse a través de la causalización de los motivos o mediante la admisión de una figura como la *frustration*. En ninguno de estos casos nos encontraremos, sin embargo, ante la imposibilidad de la prestación. Cuestión distinta es que se esté de acuerdo en la distinción (y su relevancia)

³³⁶ En un supuesto resuelto en el año 1944 por el Tribunal Supremo de California, *Lloyd v. Murphy* (25 Cal. 2d 48, 153 P.2d 47), el tribunal especificó que si bien la *frustration of contract* respondía al mismo propósito que la imposibilidad o la *impracticability*, la *frustration* debía distinguirse de estas últimas doctrinas sobre la base de que el cumplimiento sigue siendo posible pues lo que, en realidad, queda afectado es el valor esperado que el cumplimiento tenía para la parte que pretende la aplicación de la doctrina.

que realizó el tribunal entre *Krell v. Henry* y *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton*³³⁷.

Sea como sea, parece que los intentos de asimilar la *frustration* con la figura de la imposibilidad tienen como objeto restringir al máximo la aplicabilidad de aquella doctrina y otorgar relevancia a los motivos de las partes contratantes. Este último razonamiento es el que explica, de hecho, que la frustración del principal propósito del contrato no fuera, hasta fecha muy reciente, una figura admitida como autónoma en el derecho inglés, como tampoco lo es a día de hoy la *impracticability*. Se admite, en cambio, la imposibilidad sobrevenida como excusa del cumplimiento³³⁸. Nótese aun así que las diferencias podrían calificarse como semánticas. En el derecho inglés, la *frustration of purpose* se aplica como excepción al cumplimiento cuando es común o puede ser opuesta a la contraparte (aunque se catalogue de imposibilidad) y no lo será en cambio cuando el propósito del contrato sea una motivación individual inoponible.

La doctrina de la *frustration of contract*, al igual que ocurre con la imposibilidad, supone la total inexigibilidad del cumplimiento *in natura* del contrato. En efecto, tanto si el objeto de la prestación perece físicamente o, por cualquier otro motivo, se hace imposible, como si, aun siendo física y legalmente posible, no cumple el propósito de las partes a la hora de contratar, ningún sentido ni lógica tiene que se cumpla el contrato. Igual de inútil resultaba en *Taylor v. Cadwell* que se cumpliera el contrato (el local de música había quedado destruido por un incendio) como en *Krell v. Henry* (el cumplimiento de la prestación era posible pero ningún sentido tenía si la procesión de coronación había sido cancelada).

Estas semejanzas, si bien son útiles a la hora de encontrar el fundamento y límites de ambas figuras, no son suficientes para asimilar la frustración del contrato (en sentido

³³⁷ Las doctrinas de la imposibilidad y de la *frustration* deben diferenciarse por los motivos expuestos sin olvidar que sus requisitos y origen son comunes (V. al respecto a HUNTER, H.O.: *Modern Law of...*, pp. 19-31 y 19-32).

Así se expone a la perfección también en el supuesto de *Perry v. Champlain Oil Co., Inc.*, resuelto en el año 1957 por el Tribunal Supremo de New Hampshire [101 N. H. 97, 134 A. 2d 65]: “The relatively modern doctrine of commercial frustration in the law of contracts is similar to the doctrine of impossibility of performance in that both require extreme hardship in order to excuse the promisor. Commercial frustration is different in that it assumes the possibility of literal performance but excuses performance because supervening events have essentially destroyed the purpose for which the contract was made”.

³³⁸ Cfr. TREITEL, G.H.: *The Law of...*, p. 886.

estricto) con la imposibilidad. En un caso, en la imposibilidad de la prestación, el objeto de la prestación (dar, hacer o no hacer) se hace imposible por cuanto no se puede cumplir objetivamente, mientras que en otro caso, ante un supuesto de frustración del propósito contractual, el objeto del contrato (dar, hacer, no hacer) aún es posible objetivamente. El problema es que este cumplimiento ya no resulta apto para cumplir el propósito previsto. Y sí, si se aprecia la *frustration of contract*, y esta apreciación conlleva a eximir al deudor del cumplimiento, entonces sí, las consecuencias de una y otra figura son las mismas: ambas eximen al deudor del cumplimiento de forma total, sin adaptaciones o modificaciones judiciales mediante. La diferencia básica o definitoria entre la imposibilidad y la *frustration* se sitúa en el supuesto de hecho. El propósito para contratar, aunque sea común o compartido por las partes, no puede asimilarse con el objeto o contenido de la prestación.

Krell v. Henry no puede asimilarse al supuesto de *Taylor v. Cadwell*, en el que efectivamente la prestación devino objetivamente imposible. En este último caso no había necesidad de acudir a la *implied condition* ni al propósito contractual de las partes. El cumplimiento de la prestación objetivamente considerada devino imposible. En cambio, en *Krell v. Henry* el cumplimiento era posible aunque carecía de sentido. Y este dato diferenciador no es baladí. En los supuestos de *frustration of contract* es necesario atender al propósito de las partes, ya sea individual o común, para averiguar si su frustración debe excusar el cumplimiento (o no). Esa operación no es necesaria ni cabe realizarla en los supuestos de imposibilidad. El único modo, a nuestro juicio, de asimilar la *frustration* y la imposibilidad es entendiendo la *frustration* en sentido amplio: la imposibilidad de la prestación (también la *impracticability*) supone la frustración del contrato —este no debe ser cumplido y frustra las expectativas que las partes tenían en el cumplimiento—. En este sentido, cualquier suceso (y ahí entran las figuras de la *impossibility* y de la *impracticability*) que suponga una alteración al contenido prestacional inicial suponen la frustración del contrato, si esta se entiende en sentido amplio³³⁹.

³³⁹ Este es el término de *frustration* que se utiliza en el derecho inglés. Así, por ejemplo, se deriva claramente de las palabras de MACINTYRE, W. (*Business Law*. 2ª Ed. Harlow (Inglaterra): 2005, p. 204): “If the contract which the parties make subsequently becomes illegal or impossible to perform, or becomes radically different from what the parties contemplated when they made it, then the contract may be frustrated”.

Las características de la categoría de la *frustration* en sentido amplio, y que en derecho inglés incluye todas las figuras relacionadas con el cambio de circunstancias, fueron recogidas no hace mucho tiempo por Lord Bingham L.J. en el supuesto de *Lauritzen AS v. Wijsmuller BV (The Super Servant Two)*

De igual modo que en su día ocurrió con la *impossibility* y de lo que, como hemos visto, ocurre con la *impracticability*, en relación con la *frustration* también debe averiguarse en qué supuestos la aplicación de la doctrina debe conllevar la excusa del cumplimiento. Para la consecución de tal tarea, primero debe averiguarse qué debe entenderse por el propósito de las partes y qué acto, circunstancia o suceso puede provocar su frustración, aclarando que de ahora en adelante nos centramos en la *frustration* en sentido estricto, esto es, en la frustración de la finalidad o propósito contractual.

La regulación contenida en el art. 265 del *Restatement* no resulta de mucha ayuda: no se define qué debe entenderse por el principal propósito de las partes; lo único que se establece en relación con el hecho que debe provocar esa frustración es que debe tratarse del incumplimiento de la *basic assumption* que compartieron las partes a la hora de contratar, pero sin aclarar cuál es la exacta relación entre la *basic assumption*, el propósito principal del contrato y su frustración³⁴⁰. Aplicando los términos del *Restatement* al supuesto de *Krell v. Henry* podría concluirse que la *basic assumption* compartida por las partes era la celebración de la procesión de coronación del rey Eduardo VII y el principal propósito de las partes (en este supuesto del arrendatario) observar dicha procesión.

—[(1990) *Lloyd's Rep.* 1]—: 1) la *frustration* (en sentido amplio) ha evolucionado para mitigar el rigor del *common law* y su insistencia en el cumplimiento literal de lo pactado; 2) toda vez que la *frustration* sirve para aniquilar el contrato y cualquier obligación que pudiera surgir de él, debe ser interpretada restrictivamente; 3) la terminación del contrato es automática; 4) la *frustration* no puede derivarse de un acto o elección de la parte que pretende su aplicación; y 5) la *frustration* no puede venir provocada por la falta o negligencia de la parte que pretende su aplicación.

En este concepto se engloba tanto la *impossibility*, la *impracticability* —cuando excepcionalmente se admite en derecho inglés— como la *frustration of purpose*. (Cfr. TREITEL, G.H.: *The Law of...*, pp. 866-925). En otra obra, TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 66 a 70) menciona hasta cuatro posibles significados y usos del término *frustration*.

En el derecho estadounidense, sin embargo, tradicionalmente se ha rechazado el uso del término *frustration* en sentido amplio. Se afirma en este sentido que el término es poco expresivo: cualquier incumplimiento supone, en efecto, la frustración del contrato. V. COSTIGAN, G.P., Jr.: *The performance of contracts*. Berkeley (California): *California Law Review*, 1927, p. 77. El término *frustration* en Estados Unidos tan solo se refiere a la pérdida de sentido del contrato. Así, también, NEHF, J.P.: *Corbin on contracts...*, pp. 5 y 6.

³⁴⁰ La exigencia de que el principal propósito del contrato y su culminación sea una *basic assumption* de las partes provoca que la doctrina sea aplicada de forma muy excepcional por los tribunales. Nótese, en efecto, que los tribunales exigen que lo que se frustre sea algo más que la simple motivación de una de las partes. Así, por ejemplo, en el supuesto de *Coker International, Inc. v. Burlington Industries, Inc.* [935 F.2d 267 (4th Cir. 1990)] los tribunales federales de Estados Unidos negaron la aplicación de la doctrina al comprador de unos productos a pesar de que este no iba a poder venderlos en Perú (tal y como tenía previsto) debido a una prohibición gubernamental introducida sobrevenidamente.

En los comentarios al art. 265 del *Restatement* se establece que no puede confundirse el principal propósito de una de las partes para contratar con cualquier motivo que la partes tuvieran en mente y sin cuya existencia o cumplimiento no hubieran contratado³⁴¹. El propósito cuya frustración puede dar lugar a la excusa del cumplimiento debe formar parte de la génesis del contrato. O lo que es lo mismo, debe tratarse de un elemento sin el cual ambas partes saben y admiten que el contrato no tendría ningún sentido (aunque este propósito no sea compartido sí debe ser reconocible). El principal propósito que puede dar lugar a la *frustration* se define por constituir la razón de ser del contrato; lo que lo dota de sentido. Sin ese propósito, aunque sea individual, ambas partes admitirían que no hay contrato. De hecho, suele ser afirmado en la doctrina que la *frustration* se puede asimilar e incluso identificar con lo que en derecho anglosajón se denomina *failure of consideration*³⁴². No puede olvidarse, en efecto, que la doctrina de la

³⁴¹ Al respecto, resulta interesante la cita del caso de *Brown v. Oshiro* (68 Cal.App.2d 393, 156 P.2d 393, 156 P.2d 976), en el que los tribunales de California concluyeron que la frustración del propósito de una de las partes no resultaba suficiente para excusar el cumplimiento. En este caso se discutía si el arrendatario de un local para su explotación como hotel debía seguir obligado a pesar de que tanto el arrendatario como el público al que estaba dirigido el hotel debían, ante una orden gubernamental estadounidense, abandonar el país por ser de nacionalidad japonesa. El tribunal no excusó el cumplimiento.

³⁴² Cfr. ANDERSON, R.A., POMEROY, D.A. y KUMPF, W.A.: *Business Law*. Cincinnati (Ohio): South-Western Publishing Company, 1952, pp. 83 y 84 ; SIMPSON, L.P.: *Handbook of the...*, p. 498 y LORD, R.A.: *Williston on Contracts...*, p. 602.

Esta es la respuesta tradicional a este problema. Así lo expresa CORBIN, A.L. (“Frustration of Contract...”, p. 4): “If a promisor who is himself excused by impossibility sues the other party for breach of his return promise, the latter’s defense is described as “failure of consideration”. There has long been no doubt that, if the latter party has paid part or all of the price or has rendered any other kind of equivalent, the “failure of consideration” gives him a right to Restitution”.

A estos efectos y como recuerda BARNETT, R. E. (*Contracts: Cases and Doctrine*. 4ª Ed. Nueva York: Aspen Publishers, 2008, p. 616), el elemento de la *consideration*, al menos en su origen, se identifica con el factor que el obligado tuvo en cuenta a la hora de comprometerse; lo que lo movió a contratar. De hecho, destaca este autor que si bien el término motivo no es totalmente equivalente al de *consideration*, sí es un buen sinónimo: “Although not a precise equivalent, “motive” is perhaps about as near as one can get by way of synonym”.

Si se considera que el requisito de la *consideration* puede desaparecer sobrevenidamente a través de la frustración del principal propósito del contrato, debe admitirse también que no cabe la adaptación del contrato en caso de *frustration*: la *consideration* o está o no está presente en el contrato. Lo que no es posible es adaptarla. La adecuación o no de la *consideration* es una cuestión a decidir libremente por las partes. En este sentido, BARNETT, R. E.: *Ibidem*, p. 672.

Los términos del *Restatement (Second) of Contracts* también son claros al respecto:

“§ 79. Adequacy of Consideration; Mutuality of Obligation

If the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of

(a) a gain, advantage, or benefit to the promisor or a loss, disadvantage, or detriment to the promisee; or

consideration es la encargada de asegurar la efectividad de las obligaciones contraídas sobre la base de la validez de los factores que llevaron o motivaron el acuerdo o contrato³⁴³. Al respecto, se ha dicho que los tribunales exigen que el principal propósito sea objetivo, de tal modo que su falta de cumplimiento provoque que el contrato sea un ente falto de sentido. Se exige, en definitiva, que las partes “causalicen” los motivos por los que contrataron o que estos se deduzcan claramente del contrato.

Por otro lado, en el comentario al art. 265 del *Restatement* también se establece que la *frustration* debe ser significativa; no basta con las partes pierdan interés en el contrato. A la hora de valorar o definir la magnitud de la frustración se afirma que debe ser tan grave que el cambio de circunstancias que la provoca no pueda entenderse incluido

(b) equivalence in the values exchanged; or (c) "mutuality of obligation".

En este sentido, los tribunales también han reconocido que la *frustration* es una real, aunque no literal, *failure of consideration*. Así, en el ya citado caso de *Lloyd v. Murphy* (25 Cal. 2d 48, 153 P.2d 47), el tribunal estableció lo siguiente: “Performance remains possible but the expected value of performance to the party seeking to be excused has been destroyed by a fortuitous event, which supervenes to cause an actual but not literal failure of consideration”.

El UCC suaviza, para los contratos en él regulados, el requisito de la *consideration* en pro de la flexibilización comercial. Al respecto, v. LUSK, H.F: *Business Law: Principles and Cases. Uniform Commercial Code Edition*. Homewood (Illinois): 1966, p. 153 y ANDERSON, R.A.: *Social forces and the Law*. Cincinnati (Ohio): South-Western Publishing Company, 1969, p. 408.

Sin embargo, *The House of Lords*, en el ya citado caso de *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd*, ha rechazado que la *frustration* se pueda sustentar en una *failure of consideration*. La *failure of consideration*, tradicionalmente, solo puede producirse *ab initio*, en el momento de contratar. Este caso también es destacable porque en él (de modo muy similar a como ocurre en la definición de la excesiva onerosidad contenida en los PECL, el DCFR y los Principios Unidroit) se afirma que la *frustration* debe aplicarse en el supuesto que haya un cambio radical de circunstancias que haga injusto mantener la obligaciones del deudor.

³⁴³ Cfr. BARNETT, R. E.: *Contracts: Cases and...*, p. 616.

En alguna ocasión los tribunales han reconocido que la alteración sobrevenida y las cuestiones sobre la restitución de las prestaciones ya ejecutadas se relacionan con lo que en la doctrina se denomina *failure of consideration*. Así, en el caso *Cantiare San Rocco v. Clyde Shipbuilding and Engineering Co.* [(1924) A.C. 226, 259], resuelto en el año 1924 por los tribunales escoceses, Lord Shaw Dunfermline se pronunciaba a favor de la restitución de las prestaciones del siguiente modo: “No doubt the adjustment of rights after occurrence of disturbances, interruptions, or calamities is in many cases a difficult task. But the law of Scotland does not throw up its hands in despair in consequence, and leave the task alone. The maxim just quoted [se refiere al principio formulado en *Chandler v. Webster* según el cual no debían restituirse las prestaciones] found no place in the law of Scotland except in quite another connection – namely, where there is a turpis causa. Under that law restitution against calamity or mischance which produces a failure of consideration is one thing that the law must and will do its best to accomplish”.

Parte de la doctrina también fundamenta la invalidez de la figura de la imposibilidad originaria sobre la base del elemento de la *consideration*. Así, ANDERSON, R.A., POMEROY, D.A. y KUMPF, W.A.: *Business Law...*, p. 77.

en el riesgo que fue asumido contractualmente. A nuestro juicio, resulta obvio que para que nos encontremos ante un verdadero problema de *frustration* es necesario que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de que el principal propósito del contrato se frustrara ante el cambio de circunstancias. En ese supuesto, al haberse asumido el riesgo de que se frustrara el principal propósito del contrato, este propósito o bien no puede considerarse como sustentador del compromiso contractual o bien, en cualquier caso, las partes habrían excluido la posibilidad de que el contrato se frustrara.

Lo que se exige es una total o una casi total imposibilidad de cumplir el principal propósito de las partes o de una de ellas tal y como este elemento ha sido definido con anterioridad; esto es, como el elemento que da sentido al contrato ya sea común a las partes o individual pero reconocible como propósito). No basta con que el contrato resulte de una menor utilidad o que no sea posible satisfacer la motivación de una de las partes a la hora de contratar. Así, por ejemplo, no nos encontramos ante un supuesto de *frustration*, afirma la doctrina, si un arrendatario de un local no puede utilizar dicho local para el uso al que originariamente estaba destinado debido a una prohibición legal o administrativa si en el contrato en cuestión no se expresó cuál era el propósito esencial por el que se arrendaba el local (causalización de los motivos). Por ejemplo, en este sentido, la doctrina trae a colación varios supuestos en los que se habían alquilado locales para implantar en ellos negocios de restauración y, posteriormente, legal o administrativamente, se prohibía vender alcohol en ellos. No existe en estos supuestos frustración del contrato, concluyeron los tribunales, toda vez que la prohibición de vender alcohol en los locales arrendados no provoca que el arrendatario no pueda obtener algún rédito de su prestación contractual al poder vender en el local otro tipo de productos (comida o tabaco)³⁴⁴.

³⁴⁴ Cfr. SIMPSON, L.P.: *Handbook of the ...*, p. 499; ATIYAH, P.S.: *An Introduction to ...*, pp. 138 a 140 y CORBIN, A.L.: "Frustration of Contract...", p. 6.

A estos efectos es preciso citar de nuevo el caso de *Lloyd v. Murphy* (25 Cal. 2d 48, 153 P.2d 47). En él, el Tribunal Superior de California dilucidaba si un arrendatario de un local de venta de coches y suministro de gasolina debía quedar exonerado del pago de la renta (debiendo darse por finalizada la relación contractual) debido a la introducción por parte del gobierno de Estados Unidos de restricciones sobre la venta de automóviles nuevos. El demandado adujo que el contrato no debía declararse frustrado pues el demandante podía seguir suministrando gasolina y vendiendo coches usados libremente (en el contrato se había prohibido la venta de coches usados pero finalmente esta prohibición fue levantada por el propietario del local ante la nueva normativa), así como automóviles nuevos en la medida en que se cumplieran las restricciones introducidas por el gobierno. El tribunal no declaró el contrato frustrado toda vez que el riesgo de que el gobierno restringiera la venta de automóviles era previsible razonablemente al

Por otro lado y aunque este elemento no se exija en el art. 265 del *Restatement (Second) of Contracts*, es preciso señalar que los tribunales estadounidenses vienen exigiendo, a la hora de aplicar la doctrina de la *frustration*, que lo que cause la frustración del principal propósito del contrato sea un elemento de carácter extraordinario. No obstante, aunque es cierto que en el art. 265 se exige que la frustración del contrato no se deba al comportamiento (negligente o, cuanto menos, no diligente) de alguna de las partes, también lo es que nada se recoge en dicho artículo sobre la necesidad de que lo que frustre el contrato sea un elemento de carácter extraordinario.

Y bien mirado, esto es, atendiendo a las exigencias que ya hemos analizado para la aplicación de la doctrina, parece que poco o nada aporta el elemento de la extraordinariedad a los requisitos de la *frustration*³⁴⁵. Así, en efecto, no puede obviarse que la frustración debe ser totalmente ajena a las partes en doble sentido: no habiendo asumido el riesgo de la posible frustración del contrato, en primer lugar, y no habiendo causado la frustración, en segundo lugar. Sin embargo, nótese que este elemento de la extraordinariedad puede referirse a la previsibilidad (o previsión) del cambio de circunstancias que provoca la frustración. Aun así, como veremos más adelante en este trabajo, no existe consenso en la doctrina estadounidense en torno a si el elemento de la previsibilidad (*foreseeability*) del cambio de circunstancias es un requisito exigible para la aplicación de la doctrina de la *frustration of contract* (ni tampoco para la aplicación de la *impracticability*³⁴⁶).

tiempo de contratar y, además, el demandante podía seguir dando un uso comercial al local: vendiendo automóviles y suministrando gasolina, siempre y cuando cumpliera con las limitaciones gubernamentales.

³⁴⁵ De hecho, su exigencia podría provocar que en algunos casos no se aplicara, injustificadamente, la doctrina. Así, por ejemplo, obsérvese que no podrían calificarse como casos de *frustration* todos los supuestos de la coronación. De ningún modo, en efecto, puede considerarse la enfermedad del rey como un factor extraordinario.

³⁴⁶ Afirma WLADIS, J.D. (“Impracticability as Risk ...”, pp. 575 a 578) que la previsibilidad no fue un elemento que apareciera o se tuviera en consideración durante la redacción del art. 2-615 UCC. De hecho, parece que los redactores del artículo consideraron suficiente que las partes no asumieran el riesgo del cambio de circunstancias (a través de la inexistencia de una *basic assumption*) y que en realidad existiera una dificultad de cumplir más allá de lo normal. En el mismo sentido, WALTER, P.: “Commercial Impracticability in...”, p. 237.

Por su parte, en relación con el art. 261 del *Restatement (Second) of Contracts*, afirma POINDEXTER, G.C. (“A Real Estate Focus: Impossible, Impracticable, or Just Expensive? Allocation of Expense of Ancillary Risk in the CMBS Market”. *The John Marshall Law Review*: vol. 36, primavera-2003, pp. 653 a 668.) que sí se debe exigir el elemento de la imprevisibilidad.

4.5.2 Consecuencias de la aplicación de la doctrina de la frustration: Especial referencia al deber de restitución de las prestaciones ya ejecutadas en supuestos de imposibilidad y de frustración

Los efectos de la *frustration* deberían ser, en exclusiva, excusar el cumplimiento y dejar indemnes a ambas partes en la medida de lo posible. Es esta, de hecho, la solución que se recoge en los arts. 272 y 377 del *Restatement*. Adviértase aun así que en el art. 272 se establece que los tribunales, con el fin de evitar cualquier situación injusta, pueden adoptar otras medidas aparte de la restitución de prestaciones. ¿Implica ello que en casos de *frustration* también puede el juez modificar el contrato o completarlo?

Si para que exista *frustration* se exige que el propósito principal de una de las partes o de ambas constituya la base del contrato y que esa base ya no pueda ser satisfecha, en supuestos de *frustration* no debería operar nunca la adaptación o modificación judicial del contrato³⁴⁷. ¿En qué podría consistir esa modificación?; ¿podría el juez modificar el contrato para provocar que ese propósito pueda ser cumplido?; ¿podría el juez modificarlo incluso si las partes niegan tal posibilidad? A nuestro juicio, tal modificación supondría un atentado a la libertad contractual. Un atentado aun más grave que la adaptación que se pueda llevar a cabo en supuestos de *impracticability* en los que, al fin y al cabo, lo que se adapta o modifica son las prestaciones (y solo indirectamente la voluntad contractual).

Cuestión distinta es la de determinar si deben devolverse aquellas prestaciones ya cumplidas, aunque sea parcialmente, una vez el contrato se ha frustrado. La regla tradicional en el derecho anglosajón, recogida por primera vez en el caso de *Chandler v.*

Si no se exigiera la imprevisibilidad (sino tan solo que las partes no hayan contemplado el evento sobrevenido), solo un factor extraordinario podría dar lugar a la excusa del cumplimiento. O, lo que es peor, todo evento que desequilibrara la relación contractual tendría efectos en el contrato y su cumplimiento.

Afirma SYKES, A.O. ("The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World". *The Journal of Legal Studies*: vol. 19, nº 1, enero-199, p. 50) que los tribunales apuestan *de facto* por que el criterio de la imprevisibilidad sea sustituido por el de la improbabilidad. Ello no deja de ser, a nuestro juicio, un modo distinto de exigir que la previsibilidad exigida sea la razonable y no una de carácter absoluto.

³⁴⁷ A ello debe añadirse (como expone GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida...*, p. 108) que los tribunales ingleses (origen de la doctrina de *frustration*) son mucho más reacios que los tribunales estadounidenses a la hora de proceder a la adaptación del contrato.

*Webster*³⁴⁸, consiste en “dejar las cosas tal y como están”, de tal modo que la *frustration* no provoque la obligación de restituir ningún pago realizado con anterioridad a la frustración del contrato.

Esta regla, sometida pronto a airadas críticas por parte de la doctrina, fue modificada a través del supuesto, también paradigmático, de *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ltd*, resuelto por *the House of Lords*³⁴⁹. En julio del año 1939, una empresa polaca, Fibrosa, encargó a una compañía inglesa, Fairbairn, unas máquinas para tejer lino a un precio total de 4.800 libras esterlinas, debiendo ser entregadas las máquinas en el plazo de tres ó cuatro meses a lo sumo. Una tercera parte del precio debía ser pagado en el momento del pedido aunque, en realidad, solo 1.000 libras fueran abonadas en ese momento. En septiembre de ese mismo año, Alemania invadió Polonia y, como consecuencia de ello, Gran Bretaña declaró la guerra a Alemania. Todo ello provocó que la compradora alegara la frustración del contrato al no poder cumplirse el propósito para el que había comprado las máquinas³⁵⁰.

Además, Fibrosa solicitó, en contradicción con la doctrina establecida en *Chandler v. Webster*, que se le restituyera la parte del precio que ya había abonado al tiempo de perfeccionar el contrato. *The House of Lords* determinó finalmente que la parte del precio que ya había sido entregada debía ser devuelta ante la frustración del contrato y que el cumplimiento del resto de prestaciones resultaba inexigible. Este cambio de posición con respecto a *Chandler v. Webster* se fundamentó en la inexistencia de una expectativa por parte de los vendedores que les hiciera merecedores de la parte del precio entregado a cuenta. De hecho, el tribunal concluyó (de manos de Lord Roche) que si ante la frustración del contrato las máquinas no debían ser entregadas, tampoco había razón alguna para que los vendedores retuvieran la parte del precio entregada a cuenta, no

³⁴⁸ [1904] 1 K.B. 493 at 495.

³⁴⁹ [1924] A.C. 32.

³⁵⁰ Adviértase que si la compradora hubiera seguido interesada en la compra de las máquinas pero hubiera sido la vendedora la que hubiera alegado la extrema dificultad en el cumplimiento del contrato este supuesto bien podría haberse considerado como uno de *impracticability* o de imposibilidad. De facto, este caso es una excelente demostración de que la *impracticability* y la *frustration* son doctrinas que podrían ser aplicadas a un mismo supuesto en función de quién sea la parte que pretende excusar el cumplimiento de su obligación. Además, debe tenerse en consideración que en el derecho inglés todos los supuestos relacionados con la alteración sobrevenida de circunstancias, también la imposibilidad, son clasificados en la categoría de la “*frustration*”.

siendo suficiente motivación, desde luego, las expectativas que el comprador tenía en el cumplimiento o en la posibilidad de no tener que restituir la parte del precio ya abonada³⁵¹. Este deber de restitución se fundamenta en una total *failure of consideration*³⁵².

En la resolución judicial, sin embargo, no se estableció de modo tajante que en ningún supuesto de *frustration* pudiera retenerse parte de la prestación ya cumplida. De hecho, lo que se estableció es que para que no debiera restituirse esta prestación, debía haberse previsto en el contrato el deber de pago anticipado y su concreta función en el marco de la relación contractual.

Y si ello es así, la regla establecida en *Fibrosa* no puede reducirse al deber de las partes de restituir las prestaciones ya cumplidas en supuestos de *frustration*. La regla parece que es otra: la restitución debe operar a no ser que exista alguna razón adecuada y objetiva para no restituir lo ya cumplido. ¿Y cuál puede ser esa razón para no restituir lo ya abonado cuando en cambio, a causa de la *frustration*, no debe cumplirse con la propia prestación? Para averiguarlo, lógicamente, deben investigarse las razones por las que podría existir un pago anticipado de la prestación.

En la doctrina se han manejado las siguientes razones para no restituir las prestaciones ya cumplidas: (i) la concesión de una opción al “comprador” para desistir del contrato a su libre voluntad³⁵³; (ii) el otorgamiento de una garantía de la fiabilidad

³⁵¹ En este sentido, Lord Porter afirmó lo siguiente: “It is possible to say that the seller in such a case who has been prudent enough to stipulate for a payment in advance should reap the advantage of his foresight, but to do so is to speculate as to the object for which the advance was obtained, not to ascertain what his legal remedies are upon the facts as known [...]”.

“My Lords, I only desire to add that I am conscious that a conclusion relegating parties in cases of frustration to their contracts may not work out a completely just solution in the pecuniary sense. It happens that in this case it will do so, for the appellants, who did not get the goods or the documents, will get their money back, and the respondents have had the machines, which, so far as completed, were said by the respondents themselves to be realizable without loss”.

³⁵² Ya sea en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias o en otros en los que exista una *failure of consideration*, la jurisprudencia suele exigir que esa *failure of consideration* sea total, de tal modo que si existe algún tipo de detrimento para el deudor o de beneficio para el acreedor no puede hablarse de *total failure of consideration*. Parte de la doctrina, sin embargo (V. McELROY, R.G.: *Impossibility of performance...*, p. 90), cree que es más conveniente sustituir los términos “total failure of consideration” por “fundamental or substantial failure of consideration”.

³⁵³ A este respecto, señala GOLDBERG, V. P. (“Impossibility and Related...”, p. 110) que en los casos de la coronación y, en particular, en *Chandler v. Webster*, el tribunal podría haber considerado que el

financiera del “comprador” al “vendedor”; (iii) el otorgamiento de financiación al “vendedor” para el cumplimiento de su prestación; y (iv) la compensación del coste que el “vendedor” tendrá que asumir para adecuar la prestación a las exigencias del “comprador”, entre otras.

Si la *frustration of contract* tiene como principal efecto la inexigibilidad de las prestaciones, no cabe duda entonces acerca de la necesidad de que exista un deber de restitución de las prestaciones que ya han sido parcialmente cumplidas o de los pagos adelantados. En este sentido, tampoco cabe duda de que, como se afirmó en *Fibrosa* por parte de *The House of Lords*, no existe razón de ningún tipo para no restituir las prestaciones ya abonadas si la contraprestación no es exigible y, en consecuencia, no va a ser cumplida. Cuestión distinta, a valorar caso por caso, es que el pago anticipado no (o no solo) retribuya la contraprestación, sino que responda a otro fundamento jurídico-económico. No puede omitirse que la *frustration*, al tratarse de una doctrina que excusa el cumplimiento ante un factor sobrevenido e inimputable, no puede tener como efecto perjudicar a las partes más allá del perjuicio provocado naturalmente por la frustración del contrato. Ello conlleva, lógicamente, (i) que no deban cumplirse las prestaciones pendientes; (ii) que deban restituirse las ya ejecutadas si tenían como razón de ser o “causa” el cumplimiento de la contraparte y también, por último, (iii) que no deban restituirse aquellos pagos o prestaciones en la medida en que retribuyeran un “servicio” prestado.

El caso de *Fibrosa* provocó que el Parlamento británico aprobara en el año 1943 la decisiva *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*³⁵⁴. La regla general de la que parte esta normativa, aplicable solo a los contratos de cumplimiento imposible o frustrado de forma sobrevenida, consiste en la restitución de los pagos anticipados y exigibles con anterioridad a la frustración del contrato³⁵⁵. No obstante, también establece la norma que

precio pagado a cuenta hacía las veces de derecho de opción para libremente desistir del contrato en el supuesto de que se cancelara la procesión del Rey.

³⁵⁴ Según MCKENDRICK, E. G. (“The Consequences of Frustration – The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943” en AA.VV.: *Force Majeure and Frustration of Contract*. Editado por Ewan McKendrick. Londres: Lloyd’s of London Press Ltd., 1991, p. 52) en esta norma se han basado otras similares publicadas en Nueva Zelanda, en el estado de Victoria (Australia) y en todas las provincias de Canadá excepto Nueva Escocia, British Columbia y Saskatchewan.

³⁵⁵ La exigibilidad del pago debe ser anterior al momento en que se frustra el contrato. El momento en que se frustra el contrato es aquel en el que acontece el evento que hace imposible o frustra el

este pago anticipado no debería ser restituido, en todo o en parte, en el supuesto en que la parte ante la que se alega la frustración o imposibilidad del contrato (parte que lógicamente también es la que ha recibido el pago) haya incurrido en gastos (en la preparación de la ejecución de la prestación) cuyo resarcimiento podría esperar. Si el pago era exigible con anterioridad a la frustración o imposibilidad del contrato pero no había sido abonado, el acreedor también puede reclamar los gastos incurridos en la preparación de su prestación, con el límite de la cuantía máxima que ya se había devengado a su favor. Este derecho de resarcimiento se subordina en cualquier caso a lo que los tribunales consideren más apropiado en función de todas las circunstancias del caso.

Además, se establece en la norma que si alguna de las partes obtuvo algún beneficio del contrato con anterioridad a que este se frustrara, esta parte tendrá derecho que se le abone el valor de este beneficio obtenido³⁵⁶. El tenor literal de *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act* es el siguiente:

“Section 1

(1) All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as the money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable³⁵⁷:

(2) Provided that, if the party to whom the sums were paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the

cumplimiento o, si se trata de un hecho negativo que las partes pensaban que sí iba a acontecer (es el supuesto de los casos de la coronación), desde que se sabe que no acontecerá el evento en cuestión (V. al respecto, McKENDRICK, E.G.: “Discharge by Frustration...”, p. 1356).

Si el pago se realiza con posterioridad a la frustración, debe ser restituido pues ya no era exigible. La base para reclamar la devolución del pago debe ser, según McKENDRICK, E.G. (*Ibidem*, p. 1364), la del error.

³⁵⁶ Expone TREITEL, G.H. (*The Law of...*, p. 916) que si bien la indemnización del daño y del beneficio son —en teoría— independientes, ambas decisiones están interrelacionadas, de tal modo que el gasto indemnizable depende del beneficio indemnizable (y viceversa).

³⁵⁷ Expone TREITEL, G.H. (*Ibidem*, p. 916) que el tenor literal de la norma solo parece liberar al deudor, una vez el contrato se ha frustrado, de la obligación dineraria. Esta eximente, al menos bajo el tenor literal de la norma, no parece incluir prestaciones en especie. Para el autor se trata de una omisión involuntaria. La norma es aplicable, por lo tanto, a todo tipo de prestaciones, ya sean dinerarias o en especie.

performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.

(3) Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular,

(a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and

(b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract.

(4) In estimating, for the purposes of the foregoing provisions of this section, the amount of any expenses incurred by any party to the contract, the court may, without prejudice to the generality of the said provisions, include such sum as appears to be reasonable in respect of overhead expenses and in respect of any work or services performed personally by the said party.

(5) In considering whether any sum ought to be recovered or retained under the foregoing provisions of this section by any party to the contract, the court shall not take into account any sums which have, by reason of the circumstances giving rise to the frustration of the contract, become payable to that party under any contract of insurance unless there was an obligation to

insure imposed by an express term of the frustrated contract or by or under any enactment.

(6) Where any person has assumed obligations under the contract in consideration of the conferring of a benefit by any other party to the contract upon any other person, whether a party to the contract or not, the court may, if in all the circumstances of the case it considers it just to do so, treat for the purposes of subsection (3) of this section any benefit so conferred as a benefit obtained by the person who has assumed the obligations as aforesaid”.

Pasaron bastantes años desde la promulgación de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* hasta que los tribunales tuvieron la oportunidad de aplicarla. De hecho, el primer caso que se cita como paradigmático en la aplicación de dicha doctrina es el supuesto de *B.P. Exploration Co. (Lybia) v. Hunt (No. 2)*³⁵⁸, resuelto por *The House of Lords* a finales de los años setenta.

Antes de analizar este supuesto, es preciso señalar que muchos de los casos que analizamos a continuación no son estrictamente supuestos de frustración del propósito del contrato, sino de imposibilidad. Ello se debe a que, a pesar de que la imposibilidad y la frustración del propósito se diferencian en su configuración, se asemejan en lo que respecta a sus consecuencias. De hecho, la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* resulta aplicable, así se reconoce expresamente en el texto, tanto a supuestos de imposibilidad como a supuestos de frustración del propósito (ambos incluidos en la categoría de frustración del contrato del derecho inglés (en sentido amplio); de la cual se excluye la categoría de la *impracticability* —solo reconocida en el derecho estadounidense—).

³⁵⁸ [1979] 1 W.L.R. 783 (Q. B.).

A pesar de que en este caso se aplica la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, parece claro que el supuesto de hecho no es uno de frustración del propósito principal de las partes, sino de dificultad de la prestación o *impracticability*. Y ello de nuevo da idea de la gran confusión que existe en los tribunales a la hora de aplicar una u otra doctrina.

En el año 1957, Nelson Bunker Hunt (Hunt) recibió del gobierno de Libia una concesión de 50 años de duración para la exploración y explotación de reservas de petróleo situadas en ese país. Una vez obtenida la concesión, Hunt cedió sus derechos a British Petroleum (B.P.), de tal modo que esta última compañía se encargaría de toda la exploración y explotación por cuenta propia, para lo cual abonó a Hunt la cantidad de 2 millones de dólares en efectivo y se comprometió a abonar, además, una cantidad de barriles de petróleo equivalente a 4 millones de dólares. Además, las partes pactaron que si B.P., a través de sus tareas de exploración, descubría más reservas de petróleo, el petróleo descubierto se dividiría al 50% entre Hunt y B.P., aunque en este último caso, B.P. tendría derecho a detraer de la cuota de petróleo a entregar a Hunt los gastos de exploración incurridos en el descubrimiento de estas nuevas reservas más un 25% adicional. De este modo, si B.P. descubriera una nueva reserva de petróleo, Hunt recibiría el 50% del petróleo encontrado una vez se hubiera detraído de esta cantidad el 125% de los costes incurridos por B.P. En el año 1967, justo cuando un nuevo yacimiento de petróleo fue descubierto por B.P., las partes decidieron modificar el contrato de tal modo que la regla del 125% fue modificada por otra mediante la que se estableció que todos los gastos de B.P. (fueran los que fueran) quedarían compensados mediante la apropiación directa de los primeros 50 millones de barriles que se obtuvieran, debiendo repartirse el resto de barriles por mitad.

En el año 1969, el rey de Libia fue derrocado y llegó al poder el dictador Muammar Muhammad al-Gaddafi, que pronto se vio involucrado en una disputa con el gobierno británico. Sin embargo, en lugar de romper relaciones con Gran Bretaña, Libia expropió la cuota de beneficio que a B.P. le correspondía en la explotación de los yacimientos de petróleo, prohibiéndole por lo tanto seguir realizando estas funciones. Ante estos hechos, B.P. demandó a Hunt solicitando la frustración del contrato y, en invocación de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, una compensación. Los tribunales ingleses, en todas las instancias, estimaron las pretensiones de B.P.

La batalla judicial se centró no en si el contrato se había frustrado (algo que ambas partes habían aceptado de antemano), sino en los gastos a cuya compensación debería tener derecho B.P. En la cláusula sexta del contrato se había incluido un pacto regulando los supuestos de fuerza mayor que pudieran surgir. Esta cláusula, a pesar de no ser aplicada por los tribunales al considerar que solo regulaba causas temporales de fuerza

mayor, parecía dar la razón al demandado (Hunt) por cuanto en ella se establecía claramente que los gastos de producción de B.P. solo deberían ser compensados con los barriles de petróleo que se extrajeran. Parecía claro, por lo tanto, que si no había producción de petróleo alguna, tampoco debía compensarse ningún tipo de gasto. Si no hay petróleo (como ocurrió en el caso ante la expropiación llevada a cabo por el gobierno libio) Hunt no debía compensar ningún tipo de gasto. Sin embargo, el tribunal concluyó que esta cláusula, a pesar de reflejar claramente la voluntad de las partes, no resultaba aplicable ante un supuesto de *frustration* en el que lo que se frustraba era todo el contrato, incluida esa cláusula de fuerza mayor ante la imposibilidad de cumplir con lo pactado. De hecho, se concluyó (tanto por parte del juez Goff en instancia como por *The House of Lords*) que la aplicación de dicha cláusula sexta provocaría un enriquecimiento injusto contrario a las disposiciones de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*.

Se observa por parte de la doctrina que este supuesto es muy distinto al de *Fibrosa*, en el que el comprador tenía derecho a la restitución del pago realizado por anticipado y el vendedor al resarcimiento de aquellos gastos en los que hubiera incurrido en la preparación del cumplimiento de su prestación³⁵⁹. En efecto, en este caso no se solicitaba la devolución de pago anticipado alguno y, al mismo tiempo, quien solicitaba una compensación por los gastos incurridos era la propia parte que solicitaba la frustración del contrato. Y, claro, la pregunta que surge a continuación es ¿por qué debía ser B.P. compensado por unos gastos cuya imposibilidad de recuperar no había sido causada por la contraparte (ni por una excusa al cumplimiento alegada por esta) sino por la frustración/imposibilidad alegada por la propia B.P.? Si la frustración o imposibilidad del contrato y sus efectos deben tener (o tienen) como máxima prioridad la neutralidad, ¿no debía ser B.P. quién asumiera los gastos de explotación en los que hubiera incurrido?; ¿por qué debía Hunt asumir la frustración del contrato, dejándose así de beneficiar del cumplimiento al que tenía derecho y que ahora, con la frustración, resulta malogrado y, además, abonar los gastos en los que ha incurrido B.P.?

Nótese, de hecho, que al tiempo en que B.P. alegó la frustración/imposibilidad del contrato, Hunt ya había cumplido su prestación contractual, esto es, facilitar a B.P. la

³⁵⁹ Cfr. GOLDBERG, V.P.: "Restitution rollout: the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: after frustration: three cheers for *Chandler v. Webster*". *Washington & Lee Law Review*: vol. 68, otoño-2011, pp. 1133 a 1169.

explotación de los yacimientos petrolíferos. Las prestaciones que restaban por cumplir eran únicamente las de B.P., quien debía seguir entregando barriles de petróleo a Hunt en la medida de lo pactado. Es cierto que B.P. podía compensar sus gastos de explotación detrayéndolos de los barriles de petróleo que Hunt tenía derecho a recibir, pero también lo es que, en virtud del contrato, Hunt no debía realizar ningún desembolso, de ningún tipo. Y, claro, ¿no implicaba ello que B.P. había asumido el riesgo de que la frustración del contrato provocara la imposibilidad de recuperar los gastos e inversiones realizadas?

Los tribunales contestaron negativamente a la anterior pregunta en aras a principios de justicia. El tribunal expuso que, tal y como se podía inferir de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, B.P. debía ser compensado por los gastos en los que había incurrido para la explotación de los yacimientos petrolíferos y que, a causa de la expropiación gubernamental, ya no resultarían productivos. Por supuesto, dicha compensación no podría superar la cantidad de ingresos que el señor Hunt había obtenido del contrato en cuestión.

Adviértase, sin embargo, que otra solución, aun respetando los términos de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, era posible. Para el cálculo de los costes que debían ser compensados por parte del señor Hunt a B.P., los tribunales partieron de la totalidad de los costes en los que había incurrido B.P. y que aún no habían sido compensados (incluyendo en esta partida el pago inicial a Hunt) y los repartió entre ambas partes, de tal modo que Hunt debía abonar a B.P. la mitad de esta cantidad más los intereses proporcionales desde la interposición de la acción judicial. Lo que no tuvieron en consideración los tribunales fue que B.P. también había obtenido ingentes beneficios mediante la apropiación directa de parte del petróleo producido y que ese beneficio contractual tenía como fundamento el hecho de que fuera esta la encargada de correr con el riesgo de la explotación de los yacimientos³⁶⁰. En efecto, el pago inicial que B.P. realizó era poco sustancioso en comparación con los grandes beneficios que estaba destinada a recibir en virtud del contrato. De hecho, si se atiende al contenido de los concretos pactos contractuales que alcanzaron las partes, parece deducirse que Hunt no asumió el riesgo de la explotación de los yacimientos petrolíferos; ese riesgo fue asumido por B.P.

³⁶⁰ V. GOLDBERG, V.P.: *Ibidem*, p. 8.

Bien mirado, en virtud del contrato, B.P. recibiría la mitad del producto que resultare de su explotación a cambio de entregar la otra mitad a Hunt. Además, podría compensar los gastos incurridos en la explotación detrayéndolos de los barriles de petróleo que correspondían a Hunt. Sin embargo, esto último no hacía responsable a Hunt de los gastos de explotación de B.P. Según el contrato, la única obligación de Hunt fue la de permitir que fuera B.P. quien explotara los yacimientos. El resto eran derechos, consistiendo esos derechos en recibir la mitad de barriles producidos una vez se hubiera detraído de estos los gastos incurridos por B.P. B.P. asumió todas las responsabilidades del contrato y ello, como es lógico, hace sumamente cuestionable que Hunt debiera asumir el riesgo consistente en compensar los gastos de explotación incurridos por aquella. Mucho más cuestionable aún resulta este hecho si se considera que Hunt, una vez frustrado el contrato, dejaría de beneficiarse de la explotación que hasta ese momento venía realizando B.P.

En virtud del principio de justicia contractual, los tribunales ignoraron la voluntad de las partes (que habían pactado una cláusula de fuerza mayor en la que, además, se eximía a Hunt de cualquier asunción de los gastos en los que pudiera haber incurrido B.P.). Los tribunales no respetaron en este caso la idea de neutralidad que debe presidir la aplicación de la doctrina de la frustración/imposibilidad del contrato en tanto en cuanto impusieron al señor Hunt unos gastos que en virtud del contrato no asumió. Y sí, quizás esta era la solución más justa en términos equitativos, pero la cuestión no es esa. La cuestión es ¿debe prevalecer este principio de justicia contractual frente a la voluntad de la partes?

Este caso ha sido muy cuestionado en la doctrina por no aplicar rectamente la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*. De hecho, se ha afirmado que resulta paradigmático que el primer caso en que se aplica esta normativa, esta se haya aplicado de forma tan errónea y alejada de su verdadero espíritu³⁶¹. Así, se ha establecido que la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* es de aplicación a contratos con un cumplimiento no muy diferido en el tiempo y este contrato, en cambio, es de tracto sucesivo y de duración muy prologada. Del mismo modo se afirma que en este caso no hay un pago anticipado ni gastos incurridos en la preparación del cumplimiento. En este caso, existe

³⁶¹ Cfr. GOLDBERG, V.P.: “Restitution rollout: the...”, pp. 1133 a 1169.

un pago por parte de B.P. a cambio de que Hunt permitiera a aquella iniciar la explotación de la concesión concedida por el gobierno libio. Por otro lado, si bien es cierto que B.P. incurrió en gastos de explotación, también lo es que estos gastos no fueron asumidos en interés de Hunt, sino de la propia B.P., cuyo beneficio contractual consistía en apropiarse de la mitad de su propia producción. De ningún modo asumió Hunt contribuir con esos gastos porque de ningún modo asumió tampoco Hunt los resultados de la explotación. Lo único que asumió Hunt fue permitir a B.P. realizar la explotación de los yacimientos³⁶².

A nuestro juicio, el razonamiento del tribunal en este caso puede cuestionarse por dos razones: la primera y más importante de ellas es que el beneficio contractual obtenido por Hunt ya fue retribuido a través de la cesión de la concesión de la explotación a B.P., sin que de ningún modo se estableciera en el contrato que Hunt debiera responsabilizarse directamente de los costes de B.P. y, la segunda, que estos costes de explotación no pueden asimilarse sin más a un beneficio obtenido por Hunt: los costes en la preparación del cumplimiento de una prestación no es igual al beneficio del acreedor. El acreedor a lo que tiene derecho, indudablemente, es al cumplimiento.

El segundo supuesto en que los tribunales ingleses aplicaron la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* fue el de *Gamerco v. I.C.M.*³⁶³. En el verano del año 1992, el famoso grupo de música *Guns N'Roses* tenía previsto celebrar veinte conciertos al aire libre en doce países distintos. El último de esos conciertos estaba programado para el 4 de julio en el estadio de fútbol Vicente Calderón de Madrid. El promotor de ese concierto en España pagó por adelantado al afamado grupo la cantidad de 412.500 dólares a cambio del 90% de los ingresos netos que se obtuvieran de las entradas, con un beneficio mínimo garantizado de 1.100.000 dólares. El promotor era el responsable de erigir el escenario y de preparar el estadio para la celebración del concierto. En fecha 30 de junio, a escasos días para el concierto, un informe concluyó que el Vicente Calderón resultaba inseguro para la celebración del espectáculo, motivo por el cual el gobierno de la Comunidad de Madrid prohibió el uso del estadio con esos fines. Ante la imposibilidad de encontrar

³⁶² Para algunos autores, sin embargo, Hunt debía responsabilizarse de los gastos incurridos por B.P. en la medida en que recibió un beneficio del contrato. Esta parece ser la opinión de RAUH, T.: "CAPITAL MARKET...: Legal", p. 106.

³⁶³ Este caso fue resuelto por *The Queen's Bench Division* el 31 de marzo de 1995 [1995] 1 WLR 1226.

otros posibles lugares para la celebración del concierto, este tuvo que ser cancelado.

En el contrato suscrito entre el promotor y el grupo de música no se incluyó una cláusula de fuerza mayor, motivo por el cual el tribunal concluyó que las partes habían asumido el riesgo de la cancelación del concierto. En cuanto al pago de los 412.500 dólares realizado por el promotor de manera inicial y cuya recuperación fue solicitada judicialmente ante la frustración del contrato, la defensa del grupo musical alegó que no debían ser devueltos en tanto en cuanto el contrato no se había frustrado. El argumento para negar el deber de devolución del pago inicial se fundamentaba en el hecho de que lo que en realidad había acontecido en este caso es un incumplimiento del contrato por parte del promotor.

Sin embargo, en aplicación de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, el tribunal concluyó que este supuesto era uno de frustración (en realidad, en sentido estricto, es un supuesto de imposibilidad) y que, por lo tanto, el dinero pagado por el promotor debía ser devuelto sin perjuicio de que el grupo musical tuviera derecho a que se le compensaran los gastos en los que hubiera incurrido en la preparación de su prestación contractual, reconociendo al mismo tiempo que estos costes podían resultar excesivos. Así, el tribunal estableció que debían ser compensados los gastos que el grupo hubiera asumido para la preparación del concierto, incluyendo entre estos gastos la retribución de aquellas personas especializadas en imagen y sonido, iluminación, catering y transporte. Nótese, de hecho, que aparte de los seis miembros del grupo de música, los acompañaban 96 personas más en cada uno de los conciertos. Además, para el transporte de todos los materiales necesarios para la celebración del concierto, se había alquilado un avión Boeing 727 y 12 camiones.

Al concierto de Madrid solo le correspondía, como es obvio, una parte proporcional de estos últimos gastos (al tratarse tan solo de uno de los 20 conciertos de la gira del grupo.) Por ello, no resultaba fácil encontrar una regla para la distribución de estos gastos entre todos los conciertos y, quizás por ello también, aun siendo inexacta, la solución más lógica hubiera consistido en prorratear todos estos gastos entre todos los conciertos de la gira y atribuir al concierto de Madrid una parte proporcional. Pero no. El tribunal estimó, sin especificación alguna de cómo había alcanzado tal determinación, que los gastos incurridos por el grupo en la preparación del concierto de Madrid ascendían

a la cantidad de 50.000 dólares (el grupo de música reclamaba la cantidad de 180.000). Por otro lado, el tribunal determinó que el promotor-demandante había incurrido en unos gastos cercanos a los 450.000 dólares, incluyendo entre esos gastos los pagos a terceros y la preparación del estadio.

A la luz de todos estos datos, el tribunal decidió, de manos del juez Garland, que el contrato entre la banda y el promotor del concierto en Madrid había quedado definitivamente frustrado (de hecho, el cumplimiento *in natura* no era posible), por lo que debía excusarse el cumplimiento de ambas partes, y, además, como consecuencia de lo anterior, la banda debía devolver el pago inicial realizado por el promotor. El tribunal, por último, no condenó a ninguna de las partes a indemnizar los gastos incurridos en la preparación del cumplimiento de la prestación. En cuanto a la fundamentación de las anteriores decisiones, el tribunal concluyó, de un lado, que la frustración/imposibilidad del contrato debía operar toda vez que ninguna de las partes había previsto en el contrato la situación finalmente acontecida³⁶⁴ y, de otro lado, en lo referente a la obligación del grupo de música de devolver el pago inicial realizado por el promotor, el tribunal determinó que esa era la decisión más justa en atención a todas las circunstancias del caso, especialmente teniendo en consideración las pérdidas que había sufrido el demandante. El pago a realizar por el grupo de música debía ser el de la total cantidad entregada a cuenta a la perfección del contrato (412.500 dólares), no pudiéndose deducir el grupo ninguno de los gastos en los que incurrió en la preparación del concierto. Esta prohibición de deducción también la fundamentó el tribunal en razones de justicia. Probablemente esas razones de justicia se circunscriben en particular a la mayor cuantía de los gastos incurridos por el promotor en la preparación de su prestación (450.000 dólares) frente a los gastos incurridos por el grupo (que ascendieron, según los cálculos del tribunal, a la cantidad de 50.000 dólares).

A nuestro juicio, la decisión del tribunal es correcta en la medida en la que obliga al grupo de música a devolver la cantidad entregada a cuenta por el promotor. Esa

³⁶⁴ A nuestro juicio, este suceso debió ser previsto por ambas partes.

De hecho parece que cada parte se aseguró del suceso en cuestión sin incluir en el contrato ninguna determinación expresa. No puede asimilarse la imprevisión contractual con el hecho de no incluir un determinado pacto en el contrato. Son cosas bien distintas. Cuestión distinta es también que el tribunal hubiera entendido que la excusa del contrato no depende de la previsión del suceso por las partes o de su carácter extraordinario.

cantidad tenía como objeto adelantar los beneficios que el grupo esperaba obtener por la celebración del concierto (cerca de la cantidad de 1.100.000 dólares), el concierto no pudo celebrarse por una causa inimputable al promotor y, por ello, la prestación consistente en la retribución al grupo por la celebración del concierto debía ser devuelta ante la frustración/imposibilidad del contrato. Lo que quizás no es correcto es impedir al grupo deducir sus gastos en la preparación del concierto. Nótese que por mucho que el factor que impide el cumplimiento del contrato sea externo a la voluntad (y responsabilidad) de las partes, a quien afecta es al promotor del concierto y al cumplimiento de su obligación. El grupo aún puede cumplir con su obligación contractual; es el promotor quien no puede cumplir con la suya y quien se ve excusado del cumplimiento. Esta excusa del cumplimiento de la obligación del promotor debe suponer que el pago (adelantado o no) al grupo por el cumplimiento de su obligación no tenga sentido y de ahí que el grupo deba devolver la cantidad entregada a cuenta. Del mismo modo, al no tener que cumplirse el contrato, el grupo de música no tiene derecho a que se le reembolse la cantidad que por la cancelación del concierto va a dejar de percibir (interés contractual positivo).

A lo que quizás sí tenía derecho el grupo, y el tribunal se lo niega, es a que se le reembolsen los gastos en los que ya había incurrido para la preparación del concierto (interés contractual negativo). ¿Por qué, si la frustración/imposibilidad afecta a la prestación del promotor, el grupo de música debe verse privado, además de los beneficios que obtendría, de los gastos incurridos en la preparación de su prestación cuando esta aún podía ser cumplida? Desde luego, el hecho de que el promotor haya incurrido en gastos para la preparación de su prestación no es una buena razón para negar este derecho. Y no lo es porque el hecho de que la frustración afecte a la prestación del promotor debe provocar que se excuse su cumplimiento, pero no que se haga responsable a la contraparte de dicha frustración/imposibilidad obligándole así a acarrear con unos gastos que no asumió contractualmente. En cambio, el hecho de que se excuse la prestación del promotor sin necesidad de asumir el perjuicio que provocará al grupo el no cumplimiento (interés contractual positivo) le obliga a dejar indemne a la contraparte de los gastos efectivamente incurridos en la preparación del concierto (interés contractual negativo).

Como se pone de manifiesto por parte de la doctrina, los tribunales, una vez determinada la frustración o imposibilidad, también son, por lo general, extremadamente

generosos con los deudores que pretenden excusar su prestación. Así, en efecto, los tribunales estadounidenses (también los británicos, como se acaba de comprobar) no solo han venido entendiendo que los deudores que hayan realizado un pago anticipado tienen derecho a su devolución en supuestos de frustración o imposibilidad del contrato, sino también a cualquier beneficio que la contraparte haya recibido con anterioridad a dicha frustración.

Lo curioso es que este beneficio se ha asimilado en ocasiones al cumplimiento parcial de la prestación, aun cuando esta prestación parcial resulte inútil para el acreedor. Se trata, en definitiva, de fingir ese beneficio. Imagínese por ejemplo un contrato de obra en el que, habiendo comenzado la obra pero sin que aún la haya recibido el contratista, el cumplimiento se ve frustrado por cualquier causa. En esos casos, los tribunales estadounidenses e ingleses han venido considerando que el acreedor ha recibido un beneficio al haberse realizado ya parte de la obra cuando el contrato se frustra³⁶⁵. El problema, sin embargo, es que en estos casos, en los que la prestación parcial del contrato no supone su cumplimiento, no hay verdadero beneficio. En estos casos se está obligando a pagar al deudor una prestación que se ha visto frustrada y excusada sin su culpa ni responsabilidad³⁶⁶. No cabe duda de que, cuando así operan los tribunales, la frustración no es una institución neutra: se excusa al deudor del cumplimiento de su obligación a cambio de que restituya los gastos incurridos por la contraparte en la preparación de su prestación y, en cambio, el acreedor se ve privado de su prestación y, además, debe abonar los gastos incurridos por el deudor en la preparación de su prestación por cuanto estos gastos se asimilan con un beneficio que se ha obtenido a pesar del no cumplimiento.

Cuestión distinta resulta si el contrato se ha dividido en distintas prestaciones y contraprestaciones individualizables. En ese caso, el cumplimiento de cada una de esas

³⁶⁵ Así, por ejemplo, el supuesto de *Carroll v. Bowersock*, resuelto por el Tribunal Supremo de Kansas en el año 1917 (100 Kan. 270, 164 P. 143). TREITEL, G.H. (*The Law of...*, p. 915) recoge esta tendencia en el derecho inglés y su posible sustento en la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943.

³⁶⁶ La ausencia de un beneficio real en estos supuestos ha llegado a reconocerse por los propios tribunales.

Así, por ejemplo, en el supuesto de *Albre Marble & Tile co. v. John Bowen Co.*, resuelto en 1959 por el Tribunal Supremo de Massachussets (338 Mass. 394, 155 N.E.2d 437) se estableció lo siguiente: "It has long been recognized that this theory is unworkable if the concept of benefit is applied literally. In *M. Ahern Co. v. John Bowen Co. Inc.*, 334 Mass. 36, 41, 133 N.E.2d 484, 487, we quoted with approval the statement of Professor Williston that "It is enough that the defendant has actually received in part performance of the contract something for which when completed he had agreed to pay a price".

prestaciones da lugar al cumplimiento de la contraprestación (por ejemplo, el pago del precio asignado a una construcción parcial en una obra de mayor calado) con independencia de que, con anterioridad al cumplimiento de la contraprestación, la prestación parcial ya ejecutada se destruya o ya no resulte de utilidad al acreedor³⁶⁷.

Es cierto que la normativa inglesa contenida en la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de la que parte el desarrollo jurisprudencial tanto de los tribunales ingleses como estadounidenses reconoce que si cualquiera de las partes recibe un beneficio con anterioridad a la frustración o imposibilidad del contrato, ese beneficio debe ser reembolsado. Lo que no reconoce dicha normativa es que ese beneficio deba fingirse en supuestos en los que las partes no hayan aceptado el cumplimiento parcial de la obligación. Por ello, en definitiva, ese beneficio no debe asimilarse a los gastos incurridos por la parte que ha visto excusada su prestación con anterioridad al cumplimiento. Esos gastos debe asumirlos el deudor en la medida que la frustración o la imposibilidad provoca la excusa del cumplimiento.

Específicamente en el derecho estadounidense, en el art. 377 del *Restatement (Second) of Contracts*³⁶⁸, se establece que la parte cuya obligación de cumplimiento se excuse (como consecuencia de la aplicación de la *frustration* o la *impracticability* — incluyendo también la imposibilidad—) tiene derecho a que se le restituya cualquier

³⁶⁷ Esta distinción entre contratos “enteros” y “divisibles” ha sido establecida en ocasiones por los tribunales estadounidenses a la hora de decidir los deberes de restitución. Así lo exponen MACAULY, S., KIDWELL, J., WHITFORD, W. y GALANTER, M. (*Contracts: law in...*, p. 1105): “However, courts have used the “entire” and “severable” concepts to divide the losses. If the contract is entire, the contractor is entitled to the contract price only when the job is done, and the installment payments do not reflect equivalents for the work to the date. However, the contract might be severable —that is, several contracts in a single document. Then the contractor would earn an amount specified in the contract as each step was completed”.

Expone TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, p. 577) que el concepto de obligación divisible se ha forzado en ocasiones en el derecho estadounidense con el fin de conseguir una alteración o adaptación radical del contrato.

³⁶⁸ El tenor literal del artículo es el siguiente:

“§ 377. Restitution in Cases of Impracticability, Frustration, Non- Occurrence of Condition or Disclaimer by Beneficiary

A party whose duty of performance does not arise or is discharged as a result of impracticability of performance, frustration of purpose, non-occurrence of a condition or disclaimer by a beneficiary is entitled to restitution for any benefit that he has conferred on the other party by way of part performance or reliance”.

beneficio que se le haya concedido a la contraparte a través de una prestación parcialmente cumplida. En los comentarios a los *Restatements* también se admite la posibilidad de que el beneficio conferido a la contraparte con anterioridad a la declaración de la *impracticability* o la *frustration* pueda haberse destruido a posteriori³⁶⁹. Lo curioso, y quizás también lo más discutible, es que según el tenor literal del *Restatement* ni tan siquiera es necesario que ese beneficio exista. Basta con que el deudor cuya prestación haya sido ejecutada tuviera alguna legítima expectativa de verse resarcido por su cumplimiento parcial.

En supuestos de *impracticability*, a diferencia de lo que ocurre con las figuras de la *frustration* y la *impossibility* tratadas en el presente apartado, este deber de restitución solo surge en la medida en que el tribunal no decida adaptar el contrato. En el supuesto en que, ante la *impracticability*, no haya adaptación del contrato, debe surgir también un deber de restitución como el que acaba de exponerse. Ello solo ocurrirá, por otra parte, en el marco del derecho estadounidense toda vez que la *impracticability* no está admitida en el derecho inglés.

4.5.3 *La diferenciación de la impracticability y la frustration en sentido estricto sobre la base del tipo de deudor al que se aplica una y otra doctrina*

Como se pone de manifiesto en la doctrina estadounidense, la frustración del propósito contractual es una figura de aplicación más restrictiva que la *impracticability*³⁷⁰. Algunos autores afirman que la causa de esta aplicación más restrictiva por parte de los tribunales se debe a que esta doctrina exige que se adopte una postura radical: el contrato se declara frustrado y la otra parte no puede ver cumplidas las expectativas que tenía en el cumplimiento o, en cambio, el contrato se declara no frustrado y debe cumplirse en sus estrictos términos. En cambio, la *impracticability*, al no suponer la frustración o imposibilidad del contrato sino tan solo su más difícil cumplimiento, permite ajustar el

³⁶⁹ V. AMERICAN LAW INSTITUTE (*Restatement of the Law Second. Contracts. Pamphlet no. 3*, 2ª ed. St. Paul (Minnesota): American Law Institute Publishers, 1981, p. 224): “A benefit may be found if it was conferred before the occurrence of the event even though the event later resulted in its destruction, and in that case recovery may be limited to the measure of increase in wealth prior to the event, if this is less than reasonable value”.

³⁷⁰ Cfr. WEISKOPF, N. R.: “Frustration of contractual...”, pp. 265 a 271.

contrato de tal modo que este pueda seguir manteniendo su sentido.

Para otros autores, sin embargo, estas mayores restricciones a la hora de aplicar la doctrina de la *frustration* en comparación con la doctrina de la *impracticability* poco o nada tienen que ver con la posibilidad en este último caso de mantener el contrato a través del reajuste de sus prestaciones. La mejor prueba de ello es que en aquellos supuestos en los que no parece adecuado modificar el contrato (ante la imposibilidad o enorme dificultad de sustituir la prestación que se ha vuelto “impracticable”), los tribunales siguen excusando el cumplimiento y dejando sin efecto el contrato salvo en lo relativo a la obligación de restitución de las prestaciones ya cumplidas³⁷¹.

Para estos últimos autores, la verdadera razón por la que la doctrina de la *frustration* no suele ser tan aplicada como la de la *impracticability* es el tipo de deudor que se ve afectado (y excusado) por una y otra doctrina. La *impracticability* es una doctrina generalmente alegada y aplicada a los deudores de la prestación característica o específica de un determinado contrato, mientras que la *frustration* es la doctrina aplicada al deudor de la prestación fungible o genérica³⁷². Entiéndase a estos efectos por prestación característica aquella que define a un determinado contrato (por ejemplo, en el de compraventa la entrega de la cosa y en el de arrendamiento la puesta a disposición de la cosa), y por la prestación fungible la contraprestación a cambio de la prestación característica (la entrega del precio en el contrato de compraventa o de la renta en el contrato de arrendamiento, por ejemplo).

Suele afirmarse que la *impracticability* (también la *impossibility*) es una doctrina que excusa el cumplimiento del “vendedor”, mientras que la *frustration* es la doctrina que excusa el cumplimiento del “comprador” o acreedor del servicio o derecho. Así, nótese que normalmente el “comprador” (entiéndase por comprador también cualquier otro deudor de prestación fungible no característica) se obliga a entregar una determinada

³⁷¹ Cfr. WEISKOPF, N. R.: *Ibidem*, pp. 265 a 271.

³⁷² De hecho, concluye GILMORE, G. (“The assignee of Contract Rights”. *Yale Law Journal*: vol. 74, 1964, pp. 236 a 243) que una de las explicaciones posibles a la existencia de la doctrina de la *frustration* consiste en la necesidad de proporcionar al “comprador” una excusa al cumplimiento en determinadas circunstancias, toda vez que las doctrinas de la imposibilidad y de la *impracticability* nunca le podrían resultar de aplicación (“It is never impossible to pay money”).

cantidad de dinero³⁷³ y la entrega de dinero no puede en sí misma considerarse, como prestación fungible que es, muy difícil o imposible de cumplir³⁷⁴.

En cambio, el “vendedor” o prestador del servicio se obliga a entregar un determinado bien que puede perecer (imposibilidad de la prestación) o cuya producción o entrega se torna muy dificultosa (*impracticability*). En contrapartida, el vendedor o prestador del servicio no suele tener otro propósito que el de obtener una ventaja económica del intercambio de prestaciones. Difícilmente podrá, por ello, alegar que se ha

³⁷³ Difícilmente puede tornarse imposible o “impracticable” la obligación de entregar una cantidad de dinero. Ello explica que la doctrina de la *frustration*, en sentido estricto, sea la aplicable a los casos en los que quien solicita la excusa del cumplimiento es el comprador o arrendador. De hecho, como se expone en el caso *Wood v. Bartolino et al.* (48 N.M. 175, 146 P.2d 883), resuelto por el Tribunal Supremo de Nuevo México en el año 1944, la doctrina de la *frustration* ha sido históricamente alegada en casos en los que mediaba un contrato de arrendamiento.

Lo expone excelentemente TREITEL, G.H. (*The Law of...*, p. 885): “Impracticability is normally said to arise when a *supplier* of goods, services or other facilities alleges that supervening events have made performances of his own promise so much more burdensome to him that he should no longer be bound to render it. The argument of frustration of purpose, on the other hand, is normally put forward by the *recipient* of the goods, services or facilities.: it is that supervening events have so greatly reduced the value to him of the other party’s performance that he should no longer be bound to accept it and to pay the agreed price”. V. también, TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, p. 309.

Así también, REITZ, C.R.: *Cases and materials on contracts as basic commercial law*. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1975, p. 448 y FARNSWORTH, E.A.: *Farnsworth on Contracts...*, p. 622.

Sobre la doctrina de la *frustration* en supuestos de contratos de arrendamiento desde una perspectiva histórica, v. PRICE, J.: “The doctrine of frustration and leases”. *The Journal of Legal History*: vol. 10:1, 1989, pp. 90 a 109.

³⁷⁴ V. JACKSON, J.H. y BOLLINGER, L.C.: *Contract Law in...*, pp. 1279.

En este sentido, aunque en el art. 2-615 del UCC tan solo se haga referencia a la *impracticability* que afecta al vendedor, en los comentarios oficiales del UCC (comentario nº 9) se admite la posibilidad de aplicar la figura a la obligación del comprador.

Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE (*Uniform Commercial Code...*, p. 174): “On the other hand, where the buyer’s contract is in reasonable commercial understanding conditioned on a definite and specific venture or assumption as, for instance, a war procurement subcontract known to be based on a prime contract which is subject to termination, or a supply contract for a particular construction venture, the reason of the present section may well apply and entitle the buyer to the exemption”.

En el supuesto *Nora Springs Co. v. Brandau* (247 N.W.2d 744 1976), el Tribunal Supremo de Iowa declaró que el artículo 2-615 UCC era también aplicable a los compradores, aunque en el caso concreto no lo estimó de aplicación. También se estimó aplicable este artículo a los compradores en los siguientes casos: *Lawrance v. Elmore Bean Warehouse* (108 Idaho 892, 702 P.2d 930 (1985) y *Northern Gas Co. v. Energy Coop.* (461 N.e.2d. 1049 –Iii. App. 1984).

Al respecto, señalan DUESENBERG, R.W. (“Contract Impracticability: Courts...”, pp. 1091 y 1092), y WHITE, J.J. y SUMMERS, R. S. (*Uniform Commercial Code...*, p. 144) que, de lo contrario, si dicho artículo no fuera aplicable al comprador, el tribunal debería acudir, mediante la aplicación del art. 1-103 UCC, a los principios generales del *common law*.

frustrado el principal propósito del contrato ante un cambio de circunstancias. El “comprador”, en cambio, sí habrá adquirido el bien o servicio con algún determinado propósito que puede variar y provocar que el contrato y la prestación a la que tiene derecho carezcan de sentido (*frustration*)³⁷⁵.

Como norma general, es cierto que la *impracticability* afecta al vendedor o deudor de la prestación característica del contrato, mientras que la *frustration* afecta al “comprador” o adquirente de la prestación característica. Con todo, no puede descartarse que el “vendedor” o deudor de la prestación característica haya contratado con algún propósito principal distinto al de enriquecerse y que este pueda verse frustrado (*frustration*), ni tampoco que una circunstancia sobrevenida haga muy difícil al “comprador” o deudor de la prestación no característica cumplir con su obligación (*impracticability*)³⁷⁶. En cualquier caso, sea como sea, la pregunta a contestar es: ¿por qué el hecho de que (en la mayoría de casos) la *impracticability* sea la doctrina alegada por los “vendedores” y la *frustration* por los “compradores” provoca que esta sea aplicada en mucho menor medida o más restrictivamente que aquella?

A nuestro juicio, parece que no existe (o no debería existir) relación entre la más infrecuente aplicación de la doctrina de la *frustration* y el tipo de deudor al que se aplica. La razón de esta infrecuente aplicación debería encontrarse en la más difícil apreciación de los elementos que determinan la existencia de *frustration* frente a los elementos que determinan la existencia de *impracticability*. Nótese, en efecto, que no es lo mismo (es más difícil) probar que existía un propósito principal para contratar que formaba parte de la génesis del contrato y que este propósito se ha frustrado (*frustration*) que probar que la

³⁷⁵ Cfr. SCHWARTZ, A. A.: “A “Standard Clause Analysis...”, pp. 789 y ss.

³⁷⁶ Como ejemplo de este supuesto TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 310 a 312) y HILLMAN, R.A. (*Principles of Contract Law...*, p. 314) traen a colación el ya citado caso de *Mineral Park Land Co. v. Howard*.

Establece TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, p. 267) que la bajada extrema de valor de un bien podría considerarse un supuesto de *impracticability* para el comprador. Sin embargo, también expone este autor que el aumento de los costes de producción del vendedor no puede equipararse a la disminución de valor de los bienes en relación con los costes a abonar por el comprador. La diferencia estriba en el hecho de que el posible sobrecoste a soportar por el vendedor no tiene límite. En cambio, la pérdida del comprador nunca podrá exceder el precio pactado. En cualquier caso, como explica el referido autor, a pesar de que los tribunales estadounidenses han considerado posible la aplicación de la doctrina de la *impracticability* a los compradores ante la desvalorización de los bienes objeto del contrato, lo cierto es que prácticamente no existe ningún caso, además del de *Mineral Park*, en que la doctrina se haya aplicado a la prestación del comprador.

prestación se ha vuelto muy difícil de cumplir (*impracticability*). Esta razón, a nuestro juicio, justifica (o debería ser la que justificara) la más restrictiva aplicación de la doctrina de la *frustration* por parte de los tribunales en comparación con la doctrina de la *impracticability*.

En la doctrina estadounidense, sin embargo, se alzan algunas voces que afirman que, en realidad, a pesar del reconocimiento formal de la doctrina de la *frustration*, los tribunales implícitamente la rechazan ideológicamente al considerarla como un error a futuro³⁷⁷. El problema de este reconocimiento se presenta lógicamente en supuestos en que el propósito frustrado no era común de las partes. Cuando el propósito frustrado es común, serán las propias partes la que no quieran el cumplimiento del contrato o, en el peor de los supuestos, podrá el tribunal apreciar que ese supuesto (el de la frustración del principal propósito de las partes) no es distinto al de la imposibilidad de la prestación: el cumplimiento no es posible ante la pérdida de sentido del contrato tal y como fue concluido para ambas partes. Pero, ¿qué ocurre cuando lo que se frustra (como ocurre en la mayoría de casos) es el principal motivo de una sola de las partes, siendo este motivo oponible, claro está, a la otra parte del contrato? Si este es el caso, el cumplimiento del contrato es aún posible y tiene, al menos para una de las partes, pleno sentido. Y sí, esta podría ser una buena razón para no admitir la *frustration* como doctrina siempre y cuando el único límite al deber de cumplimiento se encontrara en la imposibilidad de la prestación. Lo que ocurre es que no es solo la imposibilidad el único límite al deber de cumplimiento; también lo es la excesiva dificultad de la prestación o *impracticability*.

El problema a resolver tanto en la *frustration* como en la *impracticability* es la reparación del daño que la excusa del cumplimiento provoca a la otra parte. Este daño deberá asumirlo la parte cuya prestación se excusa. Pero, al mismo tiempo, como es lógico si se pretende defender que estas doctrinas excusan el cumplimiento, este daño a compensar no podrá ser mayor al coste del cumplimiento ni identificarse con lo que en derecho español se conoce como interés contractual positivo. Se trata, en definitiva y como ya hemos avanzado con anterioridad, de dejar indemne a ambas partes del contrato siempre que esa indemnidad no se identifique con resarcir la frustración de las expectativas que la contraparte había puesto en el cumplimiento. Y es esta idea, dejar

³⁷⁷ Cfr. WEISKOPF, N. R.: “*Frustration of contractual...*”, pp. 239 a 271

indemne al acreedor de la prestación excusada, la que se postula como una de las posibles razones por las que la *impracticability* es de más fácil apreciación por los tribunales que la *frustration*.

Como ya hemos visto, los tribunales tienen tendencia y se sienten amparados por la opción de la modificación del contrato en supuestos de *impracticability*. Esa modificación lo que pretende es repartir entre las partes los gastos, cargas y riesgos que han surgido o surgirán como consecuencia de la mayor dificultad de la prestación. Ese reparto de riesgos en los supuestos de *frustration* no puede ser logrado a través de la modificación del contrato. Una vez el contrato ha perdido su sentido, nada hay que modificar ni adaptar. Sin embargo, esta quizás no sea una buena razón para “discriminar” la doctrina de la *frustration* frente a la de la *impracticability*. Y ello no solo porque no esté claro que la modificación judicial del contrato en supuestos de *impracticability* sea una solución apropiada, sino también porque parece más que cuestionable que una doctrina deba aplicarse únicamente en función de si sus consecuencias se consideran apropiadas o no³⁷⁸.

4.6 Fundamentos, problemas y soluciones comunes a la *impracticability* y a la *frustration*

Ya se ha comprobado que, en ocasiones, tanto la doctrina como la jurisprudencia utiliza un mismo concepto (el de *frustration* en sentido amplio) para describir varios fenómenos: el de la dificultad de la prestación (*impracticability*) y el de la destrucción de los motivos o propósitos contractuales de las partes (*frustration* en sentido estricto) para contratar. También se ha comprobado que la institución de la imposibilidad de la prestación ha sido, en mayor o en menor medida, absorbida por la de la *impracticability* en el derecho estadounidense y por la *frustration* en el derecho inglés³⁷⁹.

³⁷⁸ En este sentido, WEISKOPF, N. R.: “*Frustration of contractual...*”, pp. 239 a 271.

³⁷⁹ A este respecto señala BARNETT, R. E. (*Contracts: Cases and...*, pp. 1050 y 1051) que todas las teorías sobre asunciones erróneas, ya sean al tiempo de contratar (*mutual or unilateral mistake*) o sobrevenidas (*impracticability* y *frustration*) deberían agruparse en una sola. Para este autor la clave de todos estos fenómenos se sitúa en la asunción del riesgo contractual.

Y lo cierto es que, si se acude a la definición que de *mutual mistake* se proporciona en el *Restatement (Second) of Contracts* (art. 152) se puede comprobar que la configuración de esta figura presenta muchas similitudes con la definición de *impracticability* y *frustration* proporcionadas en el mismo

Lo verdaderamente trascendente, sin embargo, es que, a pesar de las distintas categorías existentes en el derecho anglosajón, el límite de la prestación no se sitúa en su posibilidad, sino en otros factores distintos a este. Por lo tanto, la institución que aglutina todas esas otras categorías es la inexigibilidad de la prestación. Así parece haberse asumido en el derecho estadounidense a pesar de la tendencia de este ordenamiento y de su doctrina por no categorizar³⁸⁰.

Por qué existe esta institución (con sus distintas categorías o subespecies) y cuáles son sus consecuencias de aplicación es lo que trataremos de averiguar a continuación.

texto. Nótese que en estas regulaciones también se permite al tribunal en supuestos de *mutual mistake* reformar o adaptar el contrato. En sede de error bilateral, este reconocimiento es explícito:

“§ 152. When Mistake of Both Parties Makes a Contract Voidable

(1) Where a mistake of both parties at the time a contract was made as to a basic assumption on which the contract was made has a material effect on the agreed exchange of performances, the contract is voidable by the adversely affected party unless he bears the risk of the mistake under the rule stated in § 154.

(2) In determining whether the mistake has a material effect on the agreed exchange of performances, account is taken of any relief by way of reformation, restitution, or otherwise”.

La definición de *unilateral mistake* es también muy similar. Lógicamente, eso sí, a diferencia de la *basic assumption*, ya no es compartida sino individual y, además, se exige que el error sea excusable (unconscionable) y reconocible:

“§ 153. When Mistake of One Party Makes a Contract Voidable

Where a mistake of one party at the time a contract was made as to a basic assumption on which he made the contract has a material effect on the agreed exchange of performances that is adverse to him, the contract is voidable by him if he does not bear the risk of the mistake under the rule stated in § 154, and

(a) the effect of the mistake is such that enforcement of the contract would be unconscionable, or

(b) the other party had reason to know of the mistake or his fault caused the mistake”.

³⁸⁰ A pesar de la tendencia del *common law* por no categorizar, la búsqueda de un fundamento para las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias es de suma importancia. Es la búsqueda de este fundamento, de hecho, lo único que permitirá entender la función o funciones de la doctrina y el papel de los tribunales en su aplicación. En este sentido, estamos totalmente de acuerdo con McKENDRICK, E.G. (“Discharge by Frustration...”, p. 1321) cuando afirma que: “[...] it must be conceded that the basis of the doctrine is not unimportant in jurisprudential terms. A test based on a fictitious or artificial assumption (such as the implied term approach) may prevent a proper understanding of the function of the doctrine and of the role of the court in applying it”.

4.6.1 En busca de un fundamento común a las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias

La existencia de doctrinas como la *frustration* o la *impracticability* supone la incapacidad de las partes para representarse la realidad a futuro. Por ello, no debe resultar extraño que uno de los fundamentos alegados para justificar la existencia y operatividad de estas doctrinas haya sido el error bilateral o *mutual mistake*. De hecho, como pone de manifiesto la mejor doctrina³⁸¹, la base de ambas teorías (“*basic assumption*” y “*mutual mistake*”) es prácticamente idéntica: las partes dan como cierto un determinado hecho que después se descubre falso. La principal diferencia, de la que parte el resto³⁸², quizás reside en que el *mutual mistake* es lo que determina que las partes consintieran el contrato, mientras que la *basic assumption* que da lugar a la aplicación de la *impracticability* o la *frustration* es necesaria para que el contrato tenga sentido o para que las partes deban cumplir sus obligaciones pero no determina la existencia del contrato ni del consentimiento contractual. La *basic assumption* solo se descubre y pasa a tener importancia cuando se demuestra falsa: antes es posible que ni siquiera las partes se hayan

³⁸¹ Cfr. LORD, R.A.: *Williston on Contracts*..., p. 386.

POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M. (“Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An economic Analysis”. *Journal of Legal Studies*: vol. 6, nº 1, 1977, p. 83) afirman, de hecho, que el error bilateral en ocasiones también se ha denominado “*antecedent impossibility*”.

Expone TREITEL, G.H. (*Frustration and Force*..., pp. 16 y 17) que en el derecho estadounidense se distinguen hasta tres figuras relacionadas con la alteración de circunstancias: a) el error como vicio del consentimiento, que hace el contrato inválido; b) la “*antecedent impracticability or impossibility*”, que provoca que el contrato no surta efectos y c) la *impracticability* o *frustration* sobrevenida, que es la que venimos estudiando y que excusa sobrevenidamente el cumplimiento. Afirma también este autor que la primera y segunda figura se solapan de manera significativa y la única diferencia entre una y otra parece residir en el hecho de que en la “*antecedent impracticability*” no parece exigirse una gran alteración sino tan solo una falta de equilibrio entre las prestaciones que sea de carácter material. Las tres figuras tienen en común su relación con la asunción de riesgos: solo se aplican si las partes no han asumido el riesgo del error o de la alteración.

³⁸² Sobre las diferencias entre el error como vicio del consentimiento y la *frustration* en sentido amplio, v. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force*..., pp. 7 a 18.

También expone este autor (*Ibidem*, pp. 10 a 12) que el error como vicio del consentimiento y la alteración sobrevenida se distinguen porque la diligencia exigida en la excusabilidad del error no es la misma que la exigida a la hora de prevenir el cambio de circunstancias. Y no es la misma por la sencilla razón de que, cuando concurre el error, la circunstancia errónea ya existía (lo transcendente era si podía conocerse) y cuando se aplica la alteración sobrevenida lo que debe valorarse, en cambio, es el deber de previsión.

percatado de su existencia³⁸³.

A la hora de distribuir el riesgo contractual no expresamente previsto existen dos únicas opciones: a) rechazar de plano que la alteración sobrevenida de las circunstancias tenga alguna operatividad o b) distribuir el riesgo no previsto contractualmente, bien mediante la excusa del cumplimiento, bien mediante otros mecanismos.

En relación con esta última opción, es necesario destacar a su vez que existen varias alternativas en torno a ella. La primera de estas alternativas busca el fundamento a la aplicación (y solución) a la alteración sobrevenida de las circunstancias, ya sea a través de la aplicación de la *impracticability* o de la *frustration*, en el consentimiento³⁸⁴ (o en la ausencia de consentimiento³⁸⁵), mientras que la segunda lo hace en otro tipo de fundamentos no subjetivos³⁸⁶. Ambas posturas confluyen, sin embargo, en la necesidad

³⁸³ A este respecto, establece CORBIN, A.L. (“Frustration of Contract...”, p. 8) que la *implied condition* es el medio que deben utilizar los tribunales para distribuir los riesgos que las partes no han previsto. La *implied condition* no supone ni es nunca un ejercicio de interpretación de la voluntad contractual sino un modo para distribuir los riesgos de conformidad con las prácticas empresariales y la moral social del momento.

Al respecto, resulta de sumo interés el supuesto de *Canadian Industrial Alcohol Co. v. Dunbar Molasses Co.*, resuelto en el año 1932 por el tribunal de apelación de Nueva York (*court of Appeals of New York*) -19 N.E.383.258 N.Y. 194, 80 A.L.R 1173. Según el tribunal que decidió este caso, el deudor (que se había obligado a entregar una cantidad determinada de melaza para la elaboración de ron) no podía verse excusado parcialmente de su prestación toda vez que la falta de capacidad de producción de la refinería donde se obtenía el producto no podía considerarse una condición implícita o *basic assumption* compartida por las partes. Sí podría haberse considerado una *basic assumption*, afirma el tribunal, la destrucción de la refinería o una guerra que impidiera la producción. Del mismo modo, el tribunal concluyó que sí consideraría excusado el cumplimiento si el acreedor hubiera conocido y aceptado que la entrega de la mercancía que compraba del deudor dependía del contrato perfeccionado por este con un tercero.

³⁸⁴ Como exponente claro de esta tendencia puede citarse a LORD, R.A.: *Williston on Contracts*..., p. 280.

³⁸⁵ Pocas son las voces que aún siguen fundamentando las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias en el consentimiento contractual sin atender a la distribución de riesgos contractuales. Para la doctrina resulta incuestionable que el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias no se sitúa en que las partes no consintieron en quedar vinculadas si las circunstancias cambiaban sino en la ausencia total de consentimiento ante la imprevisión contractual.

Entre las voces que aún defienden que el fundamento y solución a la alteración sobrevenida de las circunstancias se sitúa directamente en el consentimiento de las partes podemos encontrar a FARNSWORTH, E. A.: “Disputes Over Omission in Contracts”. *Columbia Law Review*: vol. 68, n° 5, mayo-1968, pp. 860 a 891. Según este autor, el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias solo surge cuando las partes no han previsto la circunstancia sobrevenida en cuestión. Si las partes la han previsto entonces lo que el tribunal debe hacer es interpretar la voluntad contractual y no aplicar la *impracticability* ni ninguna otra figura relacionada.

³⁸⁶ Estas dos tendencias vienen ejemplarmente recogidas por FURMSTON, M.P. (*Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*. 15ª Ed. Nueva York: Oxford University Press, 2007, p. 724): “No fewer

de que el riesgo acontecido por el cambio de circunstancias no haya sido distribuido por las partes. Dicho de otro modo, la alteración sobrevenida de las circunstancias es una institución que no se relaciona con la interpretación del contrato³⁸⁷. La interpretación del contrato puede llevar al tribunal a concluir que la prestación no es “impracticable” (porque existe la posibilidad de cumplir mediante una prestación alternativa o porque el deudor se ha obligado a cumplir ante cualquier circunstancia) o que no se ha frustrado el propósito de las partes al contratar³⁸⁸. Solo si la interpretación del contrato no es suficiente para alcanzar esta determinación debe acudirse a las figuras relacionadas con la alteración sobrevenida³⁸⁹. Lo que no es posible es solucionar la alteración sobrevenida a través de la interpretación contractual. En el caso de que el contrato sea interpretable no hay imprevisión ni alteración.

Pero no basta con acudir al contrato y determinar si un específico riesgo ha sido asumido expresamente. De lo que se trata es de averiguar cuáles de los riesgos no asumidos expresamente deben ser asumidos por alguna o ambas partes³⁹⁰. Esta es, en concreto, la perspectiva que los tribunales de Massachusetts utilizaron en la decisión del caso de *Chase Precast Corp. v. John J. Paonessa Co*³⁹¹, que pasamos a resumir

than five theories have been advanced at one time or another; but the essential question is whether the courts strive to give effect to the supposed intention of the parties or whether they act independently and impose the solution that seems reasonable and just”.

³⁸⁷ V. KULL, A.: (“Mistake, Frustration, and...”, p. 2 de 37): “A unified model of the mistake-frustration problem begins with the recognition that some disparity between anticipation and realization is an inevitable incident of every contractual exchange, and that the risk of such disparity is usually allocated by the express or implied terms of the contract. In the vast majority of cases the disparity simply passes unnoticed; unless it surpasses the bargained-for uncertainties of human existence, it will not give rise to complaint. The risk of loss from the ebb and flow of costs and values is ordinarily allocated, by a contractual term “implied in fact,” to the party on whom it falls. One who seeks relief from contractual obligation on the ground of mistake or frustration is complaining that he suffers the disadvantage of an exceptional disparity, the risk of which was not allocated by the parties. The rejoinder by the party opposing discharge or avoidance (whether or not so expressed) is invariably that the risk of the disparity complained of was allocated by contract to the party complaining. A judgment that a contract is “void for mistake” or “frustrated” represents a determination that the risk of the disparity in question was not allocated to either party, expressly or by implication”.

³⁸⁸ En este sentido, NEHF, J.P.: *Corbin on contracts*..., p. 86.

³⁸⁹ Así lo exponen FARNSWORTH, E.A.: *Farnsworth on Contracts*..., p. 603 y NEHF, J.P.: *Corbin on contracts*..., p. 251.

³⁹⁰ El asunto central en el estudio de la doctrina de la *commercial impracticability* reside en averiguar cómo se han distribuido los riesgos ante un evento sobrevenido si las partes han guardado silencio.

³⁹¹ [409 Mass. 371, 566 N.E.2d 603 (1991)].

brevemente a continuación.

Chase Precast Corp. se había comprometido a suministrar a Paonessa barreras medianeras de cemento para la construcción de una autopista (“*concrete highway median barrier precast*”). Sin embargo, una vez habían sido suministradas la mitad de las barreras, el órgano gubernamental que había encargado la construcción de las autopistas a Paonessa decidió no utilizar las referidas barreras (algo que podía hacer en virtud del contrato que regía sus relaciones con Paonessa). Ante este cambio de circunstancias, Paonessa se negó a indemnizar a Chase Precast Corp la pérdida de beneficios generados por la cancelación del proyecto. Judicializado el asunto, el tribunal encargado de su resolución determinó que el contrato se había frustrado y que el constructor no tenía derecho a reclamar la pérdida de beneficios toda vez que era conocedor de que en el contrato que había celebrado Paonessa con el órgano gubernamental se incluía una cláusula que permitía a este cancelar pedidos en cualquier momento.

Esta última determinación solo se pudo llevar a cabo comprendiendo cuál es el comportamiento típico y racional de las partes de un contrato ante los riesgos que puedan surgir ante la ejecución contractual. Son los riesgos que las partes consideran neutros (sin que exista ninguna razón para que no los consideren como tal) los que no deben ser asumidos ante un cambio sobrevenido de circunstancias. Si un determinado riesgo puede afectar a una de las partes y esta parte debió determinar que podía incurrir en ese riesgo durante la ejecución de la relación contractual, entonces la ausencia de regulación expresa no puede conllevar la no asunción de tal riesgo³⁹².

³⁹² Nótese a estos efectos que, como apunta SEITA, A (“Uncertainty and contract law”. *University of Pittsburg Law Review*: vol. 46, otoño-1984, pp. 75 y ss.), el conocimiento de un riesgo (y de sus posibles consecuencias) es insuficiente para tomar una decisión. Para tomar una decisión sobre la distribución del riesgo no solo es necesario conocer que un suceso puede o va ocurrir sino también cuál va a ser su magnitud y grado de afectación. Al respecto, CARTER, J. (“Termination by Frustration...”, p. 1387) cita el supuesto *WJ Tatem Ltd v. Gamboa* ([1939] 1 KB 132), en el que los tribunales ingleses declararon frustrado un contrato de fletamiento marítimo al haber sido retenido el barco del transportista en el marco de la guerra civil española durante treinta días. Las partes habían previsto la posibilidad de que hubiera hostilidades pero no contemplaron que el barco pudiera ser retenido por un periodo tan largo de tiempo.

Como muy claramente expone FURMSTON, M.P. (*Cheshire, Fifoot and...*, pp. 732 y 733), la asunción expresa de un determinado riesgo solo evita la aplicación de la *frustration* (en sentido amplio) si con dicha asunción se pretendía aceptar el riesgo acontecido (incluyendo su tipología y magnitud). Aun así, son varias las decisiones recientes, tanto en el derecho estadounidense como en derecho inglés, que rechazan esta postura. Así lo expone McKENDRICK, E.: “Frustration and Force Majeure – Their relationship and comparative assesment”, en AA.VV.: *Force Majeure and Frustration of Contract*. Editado por Ewan McKendrick. Londres: Lloyd’s of London Press Ltd., 1991, pp. 28 a 31.

Este análisis cualitativo puede ser utilizado tanto en la aplicación de la institución de la *impracticability* como en la de la *frustration*. De hecho, la aplicación de la *frustration* se basa fundamentalmente en el consentimiento contractual (fundamento cualitativo) Así, en efecto, como ya vimos, la *frustration* se caracteriza como una institución en virtud de la cual se excusa el cumplimiento del deudor ante la frustración del principal propósito de una o ambas partes para celebrar el contrato. El principal propósito del contrato se define desde el consentimiento contractual o, lo que es lo mismo, en función de la motivación subjetiva de las partes para contratar, atendiendo a las condiciones o circunstancias que las partes consideraron esenciales para perfeccionar el contrato³⁹³. No obstante, incluso cuando se recurra a presunciones o ficciones para determinar cuál fue el propósito de las partes, ello no implica que se prescinda del contrato y, en concreto, del elemento del consentimiento contractual a la hora de determinar si un determinado contrato se ha frustrado. La ficción es solo una manera de demostrar que la voluntad de las partes iba encaminada a uno u otro sentido. Cuestión distinta es que la ficción o la presunción resulte prueba suficiente de esa voluntad³⁹⁴.

Por otro lado, en lo que respecta a la necesidad (o no) de que el evento que provoque el cambio de circunstancias sea extraordinario, debe aclararse que cuando la doctrina trata sobre el carácter extraordinario del evento o suceso que provoca la frustración del contrato —o la *impracticability*— no lo hace como si este fuera un requisito más³⁹⁵. Del mismo modo, ni en el UCC ni en el *Restatement (Second) of Contracts* se establece que el evento que causa la *impracticability* o la *frustration* deba ser

³⁹³ Así, por ejemplo, en el caso *Swift Canadian Co. v. Banet* [224 F.2d 36 (3d Circ. 1995)] los tribunales federales de Estados Unidos concluyeron que un importador de pieles de cordero seguía obligado a pagar el precio al productor a pesar de que Estados Unidos (el país a donde debía realizarse la importación desde Canadá) cerró su frontera a este tipo de importaciones. Según el tribunal, a pesar de que el contrato estipulaba que las pieles serían exportadas a Estados Unidos, lo cierto es que el comprador podía vender las pieles en otros lugares del mundo y, por ello, el propósito del contrato no se había frustrado.

³⁹⁴ Uno de esos indicios puede ser la exposición de motivos que las partes incluyan en el contrato.

En sentido contrario, también podría entenderse que del mismo modo que las partes incluyeron contractualmente una exposición de motivos podrían haber explicitado cuáles de esos motivos (y su frustración) resultaban esenciales. Nótese, sin embargo, que la apreciación de la doctrina de la *frustration* no depende del pacto expreso de las partes. Su apreciación depende de que se frustre el principal propósito de las partes.

³⁹⁵ La exigencia de que el evento que provoque el cambio de circunstancias sea extraordinario no aporta nada a la necesidad de que lo que se frustre de modo total (o prácticamente total) sea el principal propósito de las partes. Así lo expresa a la perfección LORD, R.A.: *Williston on Contracts...*, p. 308.

extraordinario. El carácter extraordinario del evento será un factor más a la hora de determinar si las partes han asumido o no un determinado riesgo. El estudio del carácter del evento, esto es, la determinación de si es extraordinario o no, funciona de un modo similar a como funciona el factor de la previsibilidad. Cuanto más extraordinario, más difícil de prever y cuando más difícil de prever, más fácil será determinar que las partes, o al menos una de ellas, no asumió el riesgo del cambio de circunstancia o de su magnitud³⁹⁶.

➤ *El fundamento cualitativo: la previsibilidad y el consentimiento contractual*

La previsibilidad es un factor trascendente a la hora de determinar si un determinado riesgo fue asumido contractualmente por una de las partes. De hecho, es el elemento de la previsibilidad el factor que se utiliza para enlazar las doctrinas relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias con la voluntad contractual. Esta previsibilidad, sin embargo, no es absoluta: no se exige que un determinado factor sea objetivamente imprevisible³⁹⁷. Lo que se exige es que el suceso en cuestión no se pudiera o debiera prever, determinándose esa posibilidad o deber sobre la base de factores objetivos, aunque considerando las circunstancias de las partes o en las que se perfeccionó

³⁹⁶ Al respecto, JOSKOW, P.L. ("Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case. *The Journal of Legal Studies*: vol. 6, 1977, pp. 119 a 176) establece que cuanto menos probable fuera el evento que ha alterado las circunstancias y, por lo tanto, cuanto más extraordinario, menos previsible debe considerarse y con mayor probabilidad podrá ser calificado como un elemento externo no obligatorio para las partes. En el mismo sentido, SCHWARTZ, A. y SCOTT, R.E.: *Commercial Transactions: Principles...*, p. 437.

Las partes pueden haber previsto el riesgo en cuestión pero no su alcance. La imprevisión del alcance o magnitud del riesgo puede provocar la aplicación de cualquiera de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida. V. en este sentido el caso de *Glenn R. Sewell Sheet Metal, Inc. v. Loverde* [70 Cal. 2d 666, 451 P.2d 721, 75 Cal. Rptr. 889 (1969)].

³⁹⁷ Así, por ejemplo, se dispuso en el caso de *Baetjer v. New England Alcohol Co.* (66 N.E. 2d 748 (1946), en el que no se excusó al vendedor de su obligación de entregar una determinada cantidad de melaza (para la elaboración de alcohol) a pesar de que las restricciones derivadas de la Segunda Guerra Mundial le impidieron transportar el producto a su refinería de Massachusetts. El tribunal dispuso que dichas restricciones eran previsibles para el vendedor toda vez que Estados Unidos ya había pasado a formar parte activa en la Segunda Guerra Mundial cuando se firmó el contrato. El vendedor, por lo tanto, asumió el riesgo.

Los tribunales estadounidenses no vienen exigiendo una imprevisibilidad absoluta pues ello anularía la virtualidad de las doctrinas sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias. Así lo ha expresado, por ejemplo, el Tribunal federal del 4º circuito de los Estados Unidos en el caso de *Opera Co. of Boston, Inc. V. Wolf Trap Foundation for performing arts* (817 F. 2d 1094, 1100-01 (4th Cir. 1987): "A requirement of absolute non-foreseeability as a condition to the application of the doctrine would be so logically inconsistent that in effect it would nullify the doctrine".

el contrato³⁹⁸. Uno de esos factores objetivos se relaciona con las consecuencias que las partes pudieron imaginar que tendría el cambio de circunstancias. Efectivamente, si un determinado riesgo era objetivamente previsible pero las posibilidades de que acontecieran eran mínimas, ese riesgo no debe ser asumido por las partes pues no era previsible razonablemente (aunque sí de forma objetiva) y la ausencia de un pacto contractual en ese sentido es inimputable.

Un suceso puede resultar previsible en términos generales pero no específicamente³⁹⁹. Una crisis petrolera podría ser considerada como un factor imprevisible si se considera genéricamente, pero absolutamente previsible si las partes contractuales estaban en una posición en la que podrían haber previsto ese suceso. Igualmente, el test o análisis de la previsibilidad también debe tener en consideración las consecuencias causadas por un determinado suceso. Pero no solo deben ser medidas las probabilidades de que un determinado riesgo acontezca; también resulta fundamental medir las consecuencias de que un determinado riesgo se materialice en función de las probabilidades que existen de que acontezca. No es lo mismo, en efecto, que exista una posibilidad entre diez de perder 100.000 euros que de perder 1.000.000 de euros. El deber de prever un riesgo debe medirse en función de la probabilidad de que acontezca y el alcance de sus posibles consecuencias.

Aun así, nótese que, inicialmente, el elemento de la previsibilidad (*foreseeability*) solo ha sido considerado como un factor más a la hora de determinar si el

³⁹⁸ Nótese que parte de la doctrina considera que podría cuestionarse que la doctrina de la *impracticability* deba aplicarse a entes gubernamentales o a grandes compañías mercantiles (V. SYKES, A.O: “The Doctrine of...”, p. 50).

³⁹⁹ No basta con la mera imprevisión pero tampoco es exigible una imprevisibilidad radical y absoluta. El requisito debe ser el de la previsibilidad razonable. En este sentido, BELL, J.: “The Effects of Changes in Circumstances on Long-Term Contracts: English report”, en AA.VV.: *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*. Editado por Donald Harris y Denis Tallon. Nueva York: Oxford University Press, 1989, p. 208; ELLIOT, C. y QUINN, F.: *Contract Law*. 3ª Ed. Harlow (Inglaterra): Longman, 2001, p. 223; HALSON, R.: *Contract Law*..., p. 390 y LORD, R.A.: *Williston on Contracts*..., p. 309.

En el caso de *Bende & Sons, Inc. v. Crwon Recreation, Inc.* (548 F. Supp. 1018, 1022 (E.D.N.Y. 1982) se proporciona la siguiente definición de previsibilidad: “[el test de la previsibilidad] “does not entail contemplation of a specific contingency; rather it is sufficient that the contingency that eventually occurred could have been foreseen as a real possibility that would affect performance [...]”.

cumplimiento debía excusarse o no⁴⁰⁰. Actualmente, sin embargo, este factor cada vez resulta más importante en la determinación de si el cumplimiento debe ser excusado o no bajo la alegación de alguna de las doctrinas relacionadas con la excusa del cumplimiento.

El requisito de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias no viene reflejado expresamente en el UCC ni en el *Restatement (Second) of Contracts*, aunque puede derivarse sin duda del requisito de la *basic assumption*⁴⁰¹. Así, obsérvese que si las partes compartieron una asunción básica sobre el no acontecimiento de un determinado evento será porque no previeron que tal evento sí tendría lugar. Con todo, como se dispone en el comentario *b* al art. 261 del *Restatement (Second) of Contracts*⁴⁰², resulta posible que un determinado factor fuera previsible o incluso previsto y, aun así, considerarse que la no materialización de ese riesgo es una *basic assumption*. La *foreseeability* y la *basic assumption* no son equiparables y ello se comprueba con el hecho de que lo que exige el *Restatement* (y también el UCC) es que exista una *basic assumption* aceptada como cierta por ambas partes aunque su falsedad fuera previsible. La previsibilidad y, más en concreto, el deber de prever de una de las partes solo será un factor más (entre otros) para demostrar que esa *basic assumption* no existió.

Adviértase a estos efectos que parte de la doctrina afirma que la *foreseeability* poco o nada tiene que ver con la asunción de riesgos⁴⁰³. Es perfectamente posible, se

⁴⁰⁰ A este respecto, exponen WHITE, J.J. y SUMMERS, R. S. (*Uniform Commercial Code*..., 145) que el hecho de prever un riesgo o el resultado de la materialización de este riesgo no implica necesariamente que se asuma.

Si bien en el derecho inglés parece que no puede excusarse el cumplimiento de ninguna obligación si el riesgo fue previsto o era previsible, lo cierto es que no existe ninguna decisión judicial en este ordenamiento que excluya la aplicación de algunas de las doctrinas relacionadas con la alteración de las circunstancias por el mero hecho de que el riesgo resultara previsible (V. en este sentido TREITEL, G.H.: *The Law of...*, pp. 901 y 902). Establece este mismo autor (*Ibidem*, p. 902) que lo que se exige es que la imprevisión fuera razonable. No se exige una imprevisibilidad objetiva y radical.

De hecho, expone McKENDRICK, E.G. (“Discharge by Frustration...”, pp. 1344 y 1345), con muy buen criterio a nuestro juicio, que lo relevante no es si las partes han previsto el riesgo que ha provocado la frustración del contrato (en sentido amplio). La previsión es solo un elemento para determinar si las partes, a través de su silencio, han atribuido el riesgo del acontecimiento a alguna de ellas.

⁴⁰¹ De los comentarios oficiales al UCC sí se deriva que el riesgo debió ser imprevisto. Así lo viene exigiendo también la jurisprudencia (Cfr. LAWRENCE, L.: *Lawrence’s Anderson on...*, p. 855).

⁴⁰² Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the...*, p. 314.

⁴⁰³ Así, por ejemplo, HILLMAN, R.A.: *The Richness of...*, p. 34. En el mismo sentido, señalan ROHWER, C.D. y SKROCKI, A.M. (*Contracts in a nutshell*. 6ª Ed. St. Paul: Thomson/West, 2006) que la

aduce, que las partes incluso tuvieran presente durante las negociaciones la posibilidad de que sucediera un determinado acontecimiento y, aún así, decidieran no incluirlo en el contrato debido a su creencia o asunción básica de que el suceso no acontecería, por equivocada que fuera esa asunción⁴⁰⁴. Nótese, de hecho, que ni en el *Restatement* ni en el UCC se exige que la *basic assumption* fuera razonable; lo único que se exige es que las partes asumieran que un determinado suceso no ocurriría o no tendría incidencia en el contrato, por muy ilógica que esa *basic assumption* pueda resultar⁴⁰⁵.

Como se habrá notado, el anterior análisis es puramente subjetivista: se considerará imprevisto aquello que las partes asumieron que no sucedería y previsto aquello que las partes sí asumieron que ocurriría. En cambio, si se aplicara un examen puramente objetivista, se convendría que el hecho de que las partes compartieran una *basic assumption* sobre el hecho de que un determinado suceso no acontecería, implicaría que ese suceso era previsible: las partes lo contemplaron aunque creyeran que no acontecería. ¿Implica ello que el análisis objetivo de la *basic assumption* supone excluir o contradecir el elemento de la (im)previsibilidad del cambio de circunstancias?

A nuestro juicio, la contradicción es meramente aparente, pues como se dispuso en los ya citados casos de *Westinghouse I* y *Westinghouse II*⁴⁰⁶, la intención o el consentimiento de las partes no desplaza el concepto de la *foreseeability* en sentido objetivo. La *basic assumption* no depende tanto de lo que las partes asumieran efectivamente sino de la determinación judicial de lo que era previsible y de lo que fue razonablemente imprevisto dependiendo de a quién o a qué prestación afectara el riesgo finalmente materializado. En otras palabras, el criterio de la *foreseeability*, entendido

muerte en ocasiones excusa del cumplimiento (cuando la prestación es personalísima y las partes compartían una *basic assumption* sobre la vida del deudor) a pesar de ser siempre previsible.

En opinión de MURRAY, JR. J. E (*Murray on Contracts...*, p. 640 y 641) el factor de la imprevisión debería ser sustituido por el de lo inesperado (“unexpected”).

⁴⁰⁴ De esta opinión es WIRTZ, R. S.: “Revoltig development”. *Oregon Law Review*: 91-325, 2012, pp. 21 a 23 de 31.

⁴⁰⁵ SPEIDEL, R.E. (*Contracts in Crises...*, pp. 175 y 176) demuestra, a través del trágico suceso relacionado con el huracán Katrina, la posibilidad de que las partes prevean un suceso y pese a ello asuman que no ocurrirá.

⁴⁰⁶ *Westinghouse II*, 597 F. Supp. 1456 (E.D. Va. 1984) y *Westinghouse I*, 517. F.supp. 440 (E.D. Va. 1981).

como aquello que fue razonablemente imprevisto, es el principal elemento para averiguar si ha existido una *basic assumption* como la exigida por el UCC sin que uno y otro elemento puedan identificarse sin más⁴⁰⁷. Si un determinado evento era previsible razonablemente, entonces habrá que demostrar por qué aun así existió una *basic assumption* sobre su no acontecimiento. Lógicamente, la demostración de esa *basic assumption* será prácticamente imposible si el factor, suceso o riesgo solo afectaba al deudor y a su capacidad de cumplir y además era previsible razonablemente.

De hecho, para el juez que resolvió los ya citados procedimientos de *Westinghouse I* y *Westinghouse II*, los factores claves para determinar si se puede aplicar la doctrina de la *impracticability* tal y como esta viene definida en el art. 2-615 UCC son los siguientes: 1) que el cumplimiento resulte “impracticable” en términos cuantitativos (esto es, que el cumplimiento resulte excesivamente gravoso o dificultoso); 2) que la causa de la *impracticability* tenga lugar como consecuencia de la aparición de una contingencia imprevista (“*unforeseen contingency*”); 3) que exista una *basic assumption* entre las partes consistente en la no concurrencia de la contingencia finalmente acontecida; y 4) que las partes no hayan distribuido el riesgo de forma explícita o implícita.

Nótese que las anteriores cuestiones están relacionadas entre sí. Así, en efecto, una de las razones por la que las partes no han asumido explícita o implícitamente un riesgo puede deberse a que compartieran una *basic assumption* sobre el hecho de que un

⁴⁰⁷ Expone FARNSWORTH, E.A. (*Farnsworth on Contracts...*, p. 560) lo siguiente: “foreseeability is but one factor to be taken account of in determining the basic assumption in which the contract was made”. Gráficamente también, EMANUEL, S. y KNOWLES, S. (*Contracts...*, p. 260): “Although “foreseeability” is a factor in determining whether to allow the defense, it is merely a means of answering the underlying question, “Did both parties make the contract on the assumption that the contingency in question would not occur?” If so, the defense will be accepted”.

En contra, esto es, rechazando la aplicación de la *impracticability* cuando la contingencia era razonablemente previsible, LAWRENCE, L.: *Lawrence’s Anderson on...*, p. 857.

Los tribunales sí parecen otorgar un papel fundamental al factor de la previsibilidad. Así, por ejemplo, en el supuesto de *Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corp.* (415 F.Supp. 429), resuelto en el año 1975 por el *United States District Court (Southern District of Florida)*, no se aplicó la doctrina de la *impracticability* a pesar de que el índice de actualización del precio del combustible previsto por las partes se había visto superado con creces por el incremento real surgido como consecuencia del embargo del petróleo sufrido en los años 70. El motivo que dio el tribunal para no aplicar la doctrina era la previsibilidad de ese suceso al tiempo de contratar debido a la inestabilidad de los países de Oriente Medio, el poder arbitrario de los gobiernos para controlar el precio del petróleo y las numerosas interrupciones en la comercialización de este producto a lo largo de la historia.

determinado suceso no acontecería. Del mismo modo, como ya hemos avanzado que dispuso el Juez Merhige, la *basic assumption* puede ser determinada por parte del tribunal a partir de la razonable imprevisión de la contingencia finalmente acontecida. No se exige, en cambio, que la imprevisibilidad sea objetiva y absoluta para aplicar la doctrina de la *impracticability*⁴⁰⁸, sin que ello implique que en la mayoría de supuestos en los que los eventos o las consecuencias de esos eventos no sean catastróficas (y casi siempre, por lo tanto, posibles de prever objetivamente) los tribunales consideren que las partes tenían un deber de previsión que excluye la aplicación de la doctrina⁴⁰⁹. A este respecto merece la pena destacar el supuesto de *Opera Company of Boston v. Wolf Trap Foundation for the Performing Arts*⁴¹⁰.

En este último caso, una compañía encargada de la organización de espectáculos había alquilado unas instalaciones en la ciudad de Boston. Esta compañía, sin embargo, se negó al pago del alquiler pactado toda vez que una gran tormenta había provocado un fallo eléctrico que imposibilitó llevar a cabo la actuación en la fecha prevista. En primera instancia, el tribunal concluyó que la pregunta a resolver por el jurado era si la tormenta y el fallo eléctrico eran previsibles. Sin embargo, en apelación, el tribunal ordenó que se llevara a cabo un nuevo juicio toda vez que la pregunta idónea no era esa, sino ¿hasta qué punto la probabilidad del riesgo de tormenta y sus efectos obligaban a las partes a

⁴⁰⁸ En este sentido, v. PRANCE, N.R.: “Commercial Impracticability: A Textual & Economic Analysis of Section 2-615 of the Uniform Commercial Code”. *Indiana Law Review*: vol. 19, nº 2, 1986, p. 474.

⁴⁰⁹ No es necesario acudir a lo que las partes contemplaron o no contemplaron. El requisito de la *foreseeability* o de la imprevisibilidad se objetiviza. Lo que se exige es que las partes no previeran el suceso ni debieran haberlo previsto en función de las circunstancias del suceso sobrevenido y sus consecuencias. El criterio puramente subjetivo del UCC y del *Restatement (basic assumption)* ha pasado a ser sustituido por un modelo objetivo. El estudio de las decisiones jurisprudenciales permite concluir que esa objetivización es absoluta en ocasiones, prescindiendo totalmente de cuál fue la voluntad de las partes y relativa en otras: atendiendo a lo que las partes pactaron y no pactaron y a la incidencia de la alteración sobrevenida de las circunstancias sobre el cumplimiento. La reinterpretación por parte de los tribunales del criterio subjetivo por el que apuesta tanto el UCC como el *Restatement* tiene su fundamento indiscutible en la imposibilidad de averiguar *ex-post* cuál fue o hubiera sido la voluntad de las partes si hubieran previsto el suceso acontecido sobrevenidamente. Otro factor importante a la hora de decidir si un determinado evento era previsible o no es a quién afecta ese evento. Si afecta solo al deudor, y no al resto del mercado, será muy complicado establecer que el deudor no ha asumido el riesgo o, en otras palabras, que debe asumirlo el acreedor (aunque sea de modo compartido). De hecho, expone WLADIS, J.D. (“Impracticability as Risk...”, pp. 577 y 578) que los redactores del art. 2-615 UCC pretendían dejar fuera del artículo aquellos riesgos que solo afectarían al deudor individualmente considerado y no al resto de sujetos del mercado.

⁴¹⁰ Este supuesto fue resuelto por los tribunales federales de Estados Unidos en el año 1984 (817 F. 2d 1094).

protegerse frente a él?⁴¹¹

Como se observa, la previsibilidad y la asunción básica no son sinónimos por más que ambos conceptos se relacionen. Una de las teorías que mejor explica, a nuestro juicio, la relación entre la *basic assumption* explicitada en el UCC y el *Restatement* con el elemento de la previsibilidad es la teoría del *shared-assumption test*⁴¹². Según esta teoría, la obligación contractual debería ser excusada judicialmente siempre que (1) las partes contratantes compartan una asunción tácita sobre el acontecimiento o no acontecimiento de un determinado evento; (2) la anterior asunción sea incorrecta; y (3) la inexactitud de la asunción de las partes hubiera supuesto el auxilio judicial si la asunción hubiera sido expresa en lugar de tácita.

Según esta teoría, en todo contrato existen asunciones tácitas que no se exteriorizan en la medida en que las partes las asumen como ciertas o básicas. Tan básicas son estas asunciones que las partes ni siquiera son conscientes de que las comparten. La teoría del *shared assumption test*, como su propio nombre indica, busca su fundamento en el consentimiento contractual —las partes asumen que un determinado suceso ocurriría o no ocurriría—. Lo trascendente por lo tanto estriba en conocer si hubo o no una asunción tácita de las partes y si esa asunción se ha demostrado falsa. En esa tarea de reconstrucción de la voluntad (tácita) de las partes, uno de los elementos principales a tener en consideración es la *foreseeability*.

Tan importante es este elemento que llega a subordinarse la existencia de una asunción tácita a que el cambio de circunstancias fuera previsible. Así, en efecto, ha llegado a afirmarse que, en la mayoría de supuestos, si un determinado suceso era previsible razonablemente, entonces todo parece indicar a que las partes asumieron que ese suceso ocurriría (o no ocurriría). Del mismo modo, si un suceso no era previsible de modo razonable, entonces todo parece indicar que las partes no asumieron el cambio de circunstancias. A estos efectos, conviene recordar que no puede obligarse a las partes a

⁴¹¹ Como se observa, este caso es en realidad uno de imposibilidad de la prestación. No está de más, por ello, recordar que en el derecho estadounidense la imposibilidad de la prestación se equipara a la *impracticability*.

⁴¹² El autor que mejor expone esta teoría es EISENBERG, M.A. (“Impossibility, Impracticability, and...”, pp. 383 y ss.)

contemplar todos y cada uno de los escenarios posibles ni, por ende, puede identificarse el silencio como la asunción del riesgo consistente en el cumplimiento contractual ante cualquier circunstancia⁴¹³.

Aun así, la previsibilidad o previsibilidad razonable (*reasonable foreseeability*) no es el eje de la doctrina del *shared assumption test*, sino tan solo un instrumento, método o índice para conocer el que sí es el verdadero eje de la teoría: la asunción tácita del riesgo⁴¹⁴. Así, en efecto, para los defensores de esta teoría, no puede subordinarse la aplicación de cualquiera de las teorías o vertientes relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias al hecho de que un determinado factor fuera o no previsible⁴¹⁵. La *foreseeability* no es un factor que sirva para atribuir el riesgo del cambio de circunstancias a alguna de las partes en el caso en que un determinado suceso debiera haberse previsto. La previsibilidad razonable, en función de las circunstancias de las partes⁴¹⁶, es solo uno de los factores en la determinación de la existencia de una asunción

⁴¹³ En palabras de BERMAN, H.J. (“Excuse for Nonperformance...”, p. 1416): “Its elementary that contract law as a whole has the function not only of enforcing the parties’ manifested intentions but also of providing a just solution for problems that the parties failed to foresee or that they foresaw but left open”.

Si bien es cierto que la previsibilidad de un riesgo no implica que automáticamente las partes deban asumirlo, no puede obviarse sin embargo que la previsión puede servir como factor para determinar si un riesgo debe ser asumido por una u otra parte. Ello no dependerá exclusivamente de la previsibilidad sino también de otros factores como la probabilidad del riesgo y las circunstancias de cada una de las partes. Cuestión distinta es que pueda concluirse que las partes deban asumir todos los riesgos que puedan acontecer. Esa es, según NARASIMHAN, S. (“Of Expectations, Incomplete Contracting, and the Bargain Principle”. *California Law Review*: vol. 74, julio-1986, pp. 1123 a 1202.), una concepción derivada del derecho clásico contractual muy alejada de la realidad. Según este autor, no debe exigírsele a las partes (ni es recomendable) que prevean todos y cada uno de los riesgos que puedan acontecer. Del mismo modo, la idea clásica del contrato como un ente completo no es respetuosa ni congruente con el reconocimiento de la excusa del cumplimiento ante la alteración sobrevenida de las circunstancias.

Sobre esta cuestión, resultan destacables también, por su claridad, las palabras de HALSON, R. (*Contract Law...*, p. 391): “It is that the approach which treats silence in the face of a foreseeable risk as an allocation of it, ignores the *equivocality* of contractual silence. The fact that a contract fails to make provision for a foreseeable risk (i.e. one which a reasonable man would have foreseen) *may* be evidence from which a court can infer that the risk was allocated to the promisor; but it is not necessarily such evidence”.

⁴¹⁴ Cfr. EISENBERG, M.A.: “Impossibility, Impracticability, and...”, pp. 383 y ss.

⁴¹⁵ Para determinar si un determinado riesgo se ha asumido debe atenderse principalmente a la previsibilidad del evento pero también a otras circunstancias, tales como el proceso de negociación y la capacidad de las partes para asumir riesgos.

⁴¹⁶ Según EISENBERG, M.A. (“Impossibility, Impracticability, and...”, pp. 383 y ss.), cuanto más sofisticadas sean las partes, en mejor posición están también para prever sucesos improbables aunque posibles. De este modo, la *foreseeability* exigida —como factor para averiguar la voluntad contractual de las partes— no es absoluta, sino razonable y dependiente del objeto y circunstancias contractuales. Esta

tácita entre las partes.

No cabe duda de que la doctrina del *shared-assumption test* es una apuesta por la doctrina tradicional de la *implied condition*. Innegable es también que esta teoría es merecedora de las mismas críticas que ya hemos analizado en relación con la teoría de la *implied condition* o con cualquier otra relacionada con el consentimiento contractual presumido⁴¹⁷. La más básica de esas críticas es asumida por los defensores de la doctrina del *shared assumption test*: es cierto que quizás sea imposible para el tribunal averiguar si existió una asunción tácita entre las partes. Sin embargo, a los defensores de la teoría, esta crítica no les parece lo suficientemente persuasiva toda vez que, afirman, los jueces, en otros ámbitos del derecho, también deben recurrir a ficciones e incluso a la existencia de *implied terms* sin que ello implique que las teorías que se fundamenten en ficciones o en *implied terms* no sean adecuadas para resolver y fundamentar el concreto problema de que se trate⁴¹⁸. Se comprende plenamente la crítica consistente en la imposibilidad de demostrar la existencia de una asunción tácita entre las partes e igualmente se comprende la contracrítica consistente en que la dificultad del juez para averiguar exactamente la voluntad tácita de las partes no pone en duda la buena lógica de la doctrina.

A nuestro juicio, esta teoría acierta al determinar que el cumplimiento debería excusarse siempre que (1) ambas partes contratantes compartieran una asunción tácita consistente en que un determinado acontecimiento ocurriría o no ocurriría; (2) la anterior asunción fuera incorrecta; y (3) la inexactitud de la asunción de las partes hubiera supuesto el auxilio judicial si la asunción hubiera sido expresa en lugar de tácita. Cuestión distinta será la de determinar cuándo nos encontramos ante una asunción tácita de las partes. Nótese, en efecto, que si la asunción no es expresa y en el momento en el que

exigencia de que la imprevisibilidad no deba ser absoluta no implica, sin embargo, que no puedan objetivarse los factores por los que puede considerarse que la previsión era o no razonable.

Así se dispone también en el comentario c al art. 261 del *Restatement (Second) of Contracts* (Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the...*, p. 315).

La previsibilidad exigida en derecho inglés también es razonable y en función de las circunstancias (Cfr. McKENDRICK, E.G.: “Discharge by Frustration...”, p. 1345).

⁴¹⁷ Como pone de manifiesto GORDLEY, J. (“Impossibility and Changed...”, pp. 513 a 530), el análisis basado en la *basic assumption* o en la *implied condition* supone el acogimiento, aunque indirecto, de la doctrina *rebus sic stantibus*.

⁴¹⁸ Así lo expone EISENBERG, M.A.. “Impossibility, Impracticability, and...”, pp. 383 y ss.

surge la contienda judicial las partes tienen intereses contrapuestos, no podrá conocerse cuál fue en realidad la voluntad de las partes o sus asunciones tácitas en el momento de contratar. Lo máximo a lo que puede aspirarse es a acudir a ficciones tales como la que afirma que si el riesgo era previsible se supone que las partes lo habrán contemplado, etc. En efecto, por más que la doctrina de la *shared assumption test* parta de que lo único relevante es la existencia de una voluntad tácita común de las partes, lo cierto es que el único índice que se proporciona para averiguar cuál fue esa voluntad tácita de las partes es la previsibilidad. Y así, se quiera o no, el fundamento de la doctrina ya no es el consentimiento contractual sino el riesgo que las partes debieron haber asumido.

Aun sin prescindir de él, no puede abusarse del elemento del consentimiento contractual para explicar cualquier fenómeno relacionado con la validez/invalidéz o la eficacia/ineficacia del contrato. Y la mejor prueba de ello es que aquellos mismos autores que defienden la doctrina del *shared assumption test*, asumen también la validez de otra teoría, la doctrina del *bounded-test risk*, que consiste en otorgar auxilio judicial siempre que se demuestre que ha existido un aumento de costes dramático e inesperado que ha provocado que el cumplimiento pudiera conllevar una pérdida financiera mayor de la que las partes hubieran esperado asumir. Este incremento puede afectar a todo el mercado o específicamente al vendedor⁴¹⁹. Pudiera parecer que esta teoría no es sino una derivación de la *shared assumption test*: las partes asumieron que no ocurriría el suceso que ha aumentado el coste del cumplimiento. Nótese, sin embargo, que parece que el elemento que verdaderamente resulta relevante para su aplicación es el incremento de costes y no el consentimiento de las partes. De nuevo se presume, pero no se demuestra, que las partes asumieron que el incremento de costes producido no tendría lugar.

En el mismo sentido, algunas voces en la doctrina estadounidense apuntan a la necesidad de analizar más circunstancias además de la previsibilidad a la hora de valorar si alguna de las partes ha asumido un determinado riesgo. En concreto, se afirma que debe atenderse, además de a la previsibilidad del suceso y a la cuantía del daño, a la naturaleza y propósito del contrato, así como a la negociación y a la capacidad de las partes para

⁴¹⁹ La práctica totalidad de los casos relacionados con la alteración sobrevenida de las circunstancias vienen provocados por circunstancias que solo afectan al deudor. Lógicamente esos casos la doctrina del *Bounded-Test Risk* no resulta de utilidad.

asumir el riesgo⁴²⁰. En este sentido, y con el fin de conseguir seguridad en el tráfico contractual (algo que, como veremos, no consiguen otras teorías en auge como la doctrina del *superior risk bearer*), podrían adoptarse presunciones *iuris tantum* (basadas en la experiencia previa de las partes o en los usos comerciales) que nos indicaran, sobre la base de circunstancias objetivas y siempre admitiendo prueba en contrario, qué parte contractual ha asumido un determinado riesgo. Un precio fijo, por ejemplo, podría indicar que las partes han asumido el riesgo de la variación del valor de las prestaciones⁴²¹. En ese supuesto, solo sería aplicable la doctrina de la *impracticability* en el supuesto en que se probara que no existía esa intención implícita o explícita de asignar el riesgo de la variación de precios a través de la inclusión de un precio fijo⁴²². Del mismo modo, si las partes pactan un método para el cálculo del precio en el que ya tengan en cuenta los

⁴²⁰ Esta es la postura de WUORINEN, S. E. : “Case comment: Northern...”, pp. 1 a 7 de 17.

⁴²¹ Así lo exponen REITZ, C.R.: *Cases and materials...*, p. 430; SCHWARTZ, A.: “Sales and inflation”..., pp. 13 y 14; POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M.: “Impossibility and Related...”, p. 97; TRIMARCHI, P.: “Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis”. *International Review of Law and Economics*: 1991, p. 65; WHITE, J.J. y SUMMERS, R. S.: *Uniform Commercial Code...*, pp. 146; HALSON, R.: *Contract Law...*, p. 394 y LAWRENCE, L.: *Lawrence’s Anderson on...*, p. 843.

El análisis, sin embargo, no puede ser tan simplista. Es perfectamente posible, de hecho, que las partes asumieran a través de la inclusión de un precio fijo la posibilidad de sufrir algún detrimento si el valor del bien disminuía o aumentaba y que aun así no hayan asumido un gran descenso o aumento del valor derivado de algún tipo de desastre o suceso excepcional totalmente imprevisible, al menos razonablemente. En este sentido, LORD, R.A.: *Williston on Contracts...*, p. 308 y el comentario oficial nº 4 al art. 265 UCC (V. AMERICAN LAW INSTITUTE: *Uniform Commercial Code...*, p. 4). Así también, HILLMAN, R.A. (*Principles of Contract Law...*, p. 313): “[...] courts reason that a fixed-price contract shows that the supplier intended to accept the risk of price increases and the purchaser intended to accept the risk of price increases and the purchaser intended to accept the risk of falling prices. (But the possibility always exists and this is the maddening thing about impracticability analysis, that the parties did not allocate the risk of calamitous rising or falling prices)”.

Afirman, con acierto a nuestro juicio, YOUNG, W.F. (“Half Measures”. *Columbia Law Review*: vol. 81, Nº 1, enero-1981, pp. 19 a 36, p. 24); BOSHKOFF, D.G. (*Sum & Substance of Contracts*. The Center for Creative Educational Services, 1984, p. 170) y ROHWER, C.D. y SKROCKI, A.M. (*Contracts in a...* pp. 319 y 322) que en ocasiones los contratos tienen el objetivo de repartir el riesgo de circunstancias futuras tales como el aumento o disminución de los precios. A este respecto, desde una perspectiva exclusivamente económica, POLINSKY, A. M.: “Fixed Price Versus Spot Price Contracts: A Study in Risk Allocation”. *NBER WORKING PAPER SERIES*: working Paper No. 1817, enero-1986, 34 pp..

Parte de la doctrina, sin embargo, rechaza que la *impracticability* cubra o deba cubrir con carácter general el problema de la inflación, ya sea previsible o no. Se alega en este sentido que es imposible conocer cuándo la inflación es tan alta como para que no deba ser asumida por el vendedor. Al respecto, SCHWARTZ, A. (“Sales Law and Inflation”..., pp. 1 a 25) restringe enormemente los supuestos en los que la inflación, por sí misma, deba excusar el cumplimiento.

⁴²² WUORINEN, S. E. (“Case comment: Northern...”, pp. 1 a 7 de 17) incluso apuesta por que el tribunal imponga sanciones en aquellos supuestos en que la solicitud de la excusa del cumplimiento sea temeraria.

posibles cambios de valor de las prestaciones, podría entenderse que las partes no han atribuido específicamente el riesgo del cambio de valor en el supuesto en que el índice o método pactado no recoja la variación real del valor de las prestaciones⁴²³.

Ya se haya pactado un precio fijo o variable, lo importante es que se averigüe cómo se han repartido los riesgos en función de la previsibilidad del evento que ha provocado el cambio de valor de las prestaciones y de la información que se pueda extraer de los pactos alcanzados por las partes⁴²⁴. Subordinar la excusa del cumplimiento única y exclusivamente al elemento de la previsibilidad implica penalizar a sujetos que no solo no han sido negligentes, sino a los que no puede exigírseles una mejor regulación de la distribución contractual de los riesgos⁴²⁵.

Para algunos autores, principalmente para aquellos adscritos a las tesis relacionadas con el análisis económico del derecho, la magnitud del riesgo (R), y en consecuencia, su deber de previsión depende de dos factores: el impacto del riesgo si llega a materializarse (I) y la probabilidad del riesgo de que acontezca (P), de tal modo que el Riesgo (R) debe medirse del siguiente modo: $(R) = I \times P$ ⁴²⁶. Así, por ejemplo, en la doctrina ha llegado a definirse la (im)previsibilidad teniendo en consideración estos elementos: “*A sensible approach is to define the unforeseeable in the following way: an event so unlikely to occur that reasonable parties see no need explicitly to allocate the risk of its occurrence, although the impact it might have would be of such magnitude that the parties would have negotiated over it, had the event been more likely.*”⁴²⁷

⁴²³ Cfr. SPEIDEL, R.E.: *Contracts in Crises*..., p. 197.

⁴²⁴ Cfr. PERILLO, J.M.: *Calamari and Perillo*..., p. 548.

⁴²⁵ Así lo expresó el Tribunal Superior de Massachusetts en el caso *Mishara Construction Co. v. Transit-Mixed Concrete Corp.*, resuelto en el año 1974 (365 Mass. 122, 310 N.E.2d 363): “Rather than mechanically apply any fixed rule of law, where the parties themselves have not allocated responsibility, justice is better served by appraising all of the circumstances, the part various parties played, and thereon determining liability”.

En este caso se determinó que una huelga podría ser causa suficiente para la aplicación de la doctrina de la *impracticability* si la magnitud de sus consecuencias no eran previsibles.

⁴²⁶ Cfr. SCOTT, R.E. y KRAUSS, J.S.: *Contract Law and Theory*. 3ª Ed. Newark (New Jersey): Lexis Nexis, 2002.

⁴²⁷ Cfr. PERILLO, J.M.: *Calamari and Perillo*..., p. 548.

Para otros autores, la *foreseeability* no es solo un instrumento sino la vía en que deben repartirse los riesgos ante el cambio de circunstancias. De este modo, la *foreseeability* no es (o no es solo) un método para averiguar la voluntad tácita de las partes en el momento de contratar sino que se erige como el método para conocer cómo se ha repartido o debe repartirse el riesgo contractual. Esta tesis parte de la idea o principio de que, a priori, el deudor asume todos y cada uno de los riesgos por los que su prestación pudiera verse alterada y que el único límite a la asunción de este riesgo es la imprevisibilidad del elemento que altera la obligación contractual en el momento de contratar. Este límite encuentra explicación en el hecho de que las partes de algún modo compensan o incluyen en el equilibrio del contrato la asunción de todos los riesgos relacionados o provocados por circunstancias anticipables o previsibles. Solo la imprevisibilidad debe dar lugar a excusar el cumplimiento. La excusa del cumplimiento en ese supuesto, cuando no se previó la circunstancia que ha hecho más gravosa la pretensión, no provoca un enriquecimiento para el deudor ni tampoco el quebrantamiento de la obligatoriedad del contrato: en el equilibrio contractual no se previó ni se consideró la circunstancia imprevisible que provoca la excusa del cumplimiento. Más bien al contrario: obligar a una parte al cumplimiento cuando la imprevisión de una determinada circunstancia provoca que el cumplimiento sea excesivamente oneroso o carente de sentido resultaría arbitrario⁴²⁸. Esta teoría se asemeja sin duda a la doctrina francesa de la imprevisión.

Por otro lado, como veremos, aquellos que consciente o inconscientemente apuestan por un fundamento cuantitativo para las figuras relacionadas con el cambio de circunstancias, critican las doctrinas que erigen al factor de la *foreseeability* como el mejor para resolver el problema del cambio de circunstancias. Esta crítica se basa en la falsedad de la creencia de que el deudor debe asumir todos los riesgos previsibles. En muchas ocasiones, se afirma, es posible que muchos riesgos, a pesar de ser previsibles o incluso habiéndolos previsto las partes, no pasen a formar parte del equilibrio contractual. Es posible que el riesgo quede sin distribuir ante la asunción de las partes de que no sucedería (a pesar de ser previsible).

A nuestro juicio, el análisis sobre si era previsible que acontezca un determinado

⁴²⁸ Así lo expresa magistralmente ELOFSON, J.: “The dilemma of...”, pp. 1 a 13 de 24.

suceso no solo debe ser cualitativo. Ese análisis también puede (y debe) ser económico o cuantitativo, pero no porque la única vía sea buscar el resultado más eficiente con independencia de cuál sea la voluntad de las partes, sino porque, en última instancia, el análisis en torno a si las partes debieron o no debieron prever un determinado suceso debe medirse en atención la ecuación entre las probabilidades de que un determinado suceso ocurriera y los riesgos que las partes asumieron al no prever nada contractualmente. Para ilustrar este método empírico de analizar el criterio de la *foreseeability* se trae a colación en la doctrina el caso, al que ya nos hemos referido anteriormente, de *Transatlantic Financing Corporation v. United States*⁴²⁹.

Imagínese que, en este caso, la empresa naviera que tuvo que transportar la mercancía encargada por el gobierno de Estados Unidos por una ruta alternativa a la pactada demostrara que, en el momento de contratar, el riesgo de que cerraran el Canal de Suez era muy pequeño, por ejemplo, de un 1%, y, en cambio, los costes de transacción de negociar una cláusula regulando ese riesgo era relativamente alto⁴³⁰. Por otro lado, el coste de transportar la mercancía por una ruta alternativa, vía África, era fijo y ascendía —como ocurrió en el caso real— a 44.000 dólares. Ante esta tesitura, si la empresa naviera pudiera demostrar que los costes de transacción de incluir una cláusula que no le hiciera responsable de los riesgos derivados del cierre del canal hubiera superado los 440 dólares —esto es, más del 1% del coste adicional que supuso transportar las mercancías por la ruta alternativa—, no cabría duda entonces de que el cierre del Canal de Suez no debió ser previsto por la empresa naviera, que no debería soportar ese riesgo. En cambio, siempre siguiendo este análisis empírico y económico de la *foreseeability*, si los costes de transacción de la inclusión de una cláusula que excusara el cumplimiento de la empresa en el supuesto en que cerraran el canal no hubieran superado los 440 dólares, el transportista debería soportar el riesgo y las pérdidas derivadas del cumplimiento contractual alternativo. En otras palabras, no se debería excusar el cumplimiento.

⁴²⁹ Así lo hace ELOFSON, J. (*Ibidem*, pp. 1 a 13 de 24) al exponer su método empírico para el análisis del criterio de la *foreseeability*.

⁴³⁰ Como expone GRISMORE, G.C. (*Grismore on Contracts...*, pp. 175 y 176), con anterioridad a excusar el cumplimiento del contrato por la imposibilidad de cumplir a través del medio contemplado por las partes, debe investigarse la posibilidad de que el cumplimiento pueda llevarse a cabo a través de otros medios siempre que ello no resulte excesivamente lesivo para las partes. Al respecto, establecen EMANUEL, S. y KNOWLES, S. (*Contracts...*, p. 260) que los tribunales en pocas ocasiones suelen considerar que el medio de cumplimiento pactado en el contrato era esencial.

Este análisis empírico del elemento de la previsibilidad entronca, como acaba de comprobarse, con el elemento del consentimiento contractual y, al tiempo, con la búsqueda de un resultado económicamente eficiente. Las diferencias con aquellas doctrinas en las que prima el análisis cuantitativo frente al cualitativo (principalmente nos referimos a la doctrina del *superior risk bearer*), estriba en que lo económico, la eficiencia, no se busca en el resultado sino en el pacto⁴³¹. Se presume que las partes han pactado (o deberían haber pactado) aquello que les resultaba más eficiente en términos económicos. Si la inclusión de un determinado pacto excluyendo, diversificando o regulando un determinado riesgo no resultaba eficiente (comparando la probabilidad de que acontezca el riesgo en cuestión, su magnitud y los costes de transacción de su regulación) entonces puede presumirse que el riesgo no era previsible para el deudor. Al no ser previsible, si se materializa, se debe excusar el cumplimiento⁴³².

Es obvio que si se intenta buscar en el consentimiento el fundamento de la alteración sobrevenida de las circunstancias, debe estudiarse y considerarse el elemento de la imprevisibilidad. Sin embargo, al realizar dicho estudio no puede confundirse, como por lo común hace la jurisprudencia estadounidense, lo imprevisto con lo imprevisible. Lo imprevisto, aquello no contemplado contractualmente, hace referencia a la ausencia

⁴³¹ Según ELOFSON, J. ("The dilemma of...", p. 13 de 24), la regla de la *foreseeability* desde esta perspectiva empírica es eficiente desde un punto de vista económico. Más aún de lo que lo es la doctrina del *superior risk bearer*: "While few problems in contract law are as intractable as those created by drastically changed contractual conditions, courts need not rely on vague concepts of equity when addressing the issue. Economic analysis can identify situations in which a court can assume that both parties would have agreed to discharge the contract had they known of the obstacles to performance that ultimately arose. Some economics-oriented scholars advocate a superior risk bearer test as a means of achieving this end. Their arguments, however, are ultimately unpersuasive: They rest on questionable assumptions about parties' behavior in the contracting process and cannot be applied in a way that is both principled and reasonably predictable. Instead, the economically-optimal rule is one that, ironically, appears to rely more on a common sense intuition than a sophisticated economic principle. While no rule is perfect, the foreseeability test allows courts to discharge contracts when doing so is most likely to promote efficiency and provides parties with reasonably predictable guidance as to what supervening events will excuse performance. Short of a world of perfect foreknowledge, this appears to be the most efficient resolution of the dilemma".

⁴³² Expone ELOFSON, J. (*Ibidem*, p. 12 de 24) que este acercamiento a la *foreseeability* podría ser criticado sobre la base de la dificultad en la predicción en el momento de contratar sobre la probabilidad o no de que el riesgo en cuestión se materializara. Para el autor, sin embargo, estas críticas pueden ser fácilmente relativizadas si se considera que este análisis de coste-beneficio es mucho más sencillo que los que se proponen por otras vertientes doctrinales como la del *superior risk bearer*. De hecho, afirma el autor, este tipo de análisis es muy parecido al que ya aplican los tribunales en el derecho de daños (*tort law*) a la hora de establecer la culpabilidad (*negligence*). Sea como sea, si el tribunal considera que la probabilidad del riesgo resultaba muy difícil de cuantificar cuando se perfeccionó el contrato ello indicará que ese riesgo era imprevisible para las partes. Los términos utilizados por el anterior autor para expresar esta idea son los siguientes: "The more difficult the measurement, the more likely it is that the event was unforeseeable".

explícita de una asunción de un determinado riesgo. La imprevisibilidad (razonable) hace referencia a la inexistencia de un deber de asumir un determinado riesgo⁴³³. La aplicación de la doctrina de la *impracticability* o de la *frustration* exige —para los autores que defienden las teorías que hemos calificado como cualitativas— que se cumplan ambos requerimientos: las partes no deben haber previsto expresamente el cambio de circunstancias —si lo previeron, la parte a quién afecte debe asumir su riesgo— y, del mismo modo, las partes no debieron haber previsto (razonablemente) el cambio de circunstancias —si debieron haberlo previsto, la parte a quien afecte debe asumir el riesgo—⁴³⁴.

La clave no se sitúa necesariamente en la previsibilidad o no del evento en cuestión. La previsibilidad es un elemento más a la hora de considerar si las partes asumieron que las circunstancias no cambiarían. Si el cambio de circunstancias era previsible razonablemente, la prueba de la existencia de esa asunción básica no será fácil pero sigue siendo posible. Si el cambio de circunstancias no era previsible razonablemente, puede entenderse que las partes compartieron una asunción básica sobre el mantenimiento de las circunstancias siempre y cuando el cambio de circunstancias suponga la afectación del contrato y esa afectación resulte oponible frente a la otra parte.

➤ *El fundamento cuantitativo*

Para aquellos que no buscan el fundamento a la alteración sobrevenida de las circunstancias en el consentimiento (alternativa no subjetivista o cuantitativa) lo realmente importante es tomar una decisión eficiente desde un punto vista económico. Esta tendencia parte del rechazo a la voluntad de las partes (ya sea subjetiva, real o presumida, ya sea a través del criterio de la *foreseeability* o de la *basic assumption*) como método de resolver la problemática relacionada con la alteración sobrevenida de las

⁴³³ Sobre esta cuestión, v. DECLERCQ, P.J.M.: “Modern analysis of...”, pp. 213 y ss.

⁴³⁴ El requisito de la previsibilidad es de índole subjetiva y objetiva al mismo tiempo. Lo que se exige es que las partes no lo hayan previsto y/o que no debieran preverlo. Si lo previeron, debieron incluirlo en el contrato a no ser que no fuera razonable. Y si no lo previeron, para que pueda aplicarse alguna de las doctrinas, debe acreditarse que resultaba objetivamente razonable que lo previeran. V. en este sentido, TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, p. 506.

circunstancias⁴³⁵. Si las partes nada acordaron y nada acuerdan una vez acontecido el cambio de circunstancias, los tribunales solo pueden decidir de conformidad con criterios extrínsecos de justicia y económicos al no haberse encargado las partes de repartir los riesgos contractuales⁴³⁶.

Como se verá más adelante, son los autores que defienden esta posición los que con más ahínco defienden también que doctrinas como la *impracticability* no solo deben servir para excusar el cumplimiento sino también para remediar cualquier desequilibrio o repartir cualquier pérdida inesperada que se produzca en sede de la relación contractual⁴³⁷. Tanto se subordina la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias a la consecución de un resultado justo o económicamente viable que algunos de estos autores solo defienden la excusa total del cumplimiento del deudor (en lugar de la adaptación o el reparto de pérdidas) en supuestos en que negar esa excusa total pudiera provocar un perjuicio público o un daño a la comunidad, o cuando así pudiera inferirse del acuerdo de las partes⁴³⁸. Como ya hemos afirmado, la doctrina de la *frustration* es fundamentada, casi unánimemente, en el consentimiento de las partes. Por ello, el fundamento cualitativo se reserva para la figura de la *impracticability*. Y decimos casi unánimemente porque en la doctrina existe alguna voz que se pregunta la posibilidad de que la *frustration* pueda ser aplicada incluso en supuestos en los que las partes pudieran haber previsto el cambio de circunstancias o la

⁴³⁵ Muchos autores (Cfr., por ejemplo, TRAKMAN, L.E.: “Winner take some: Loss sharing and commercial impracticability”. *Minnesota Law Review*: vol. 69, febrero-1985, pp. 471 a 519.) apoyan este tipo de análisis.

⁴³⁶ Sin embargo, como ya vimos, estos autores no reniegan totalmente del elemento del consentimiento contractual. De hecho, presumen que las partes siempre hubieran querido el mantenimiento del contrato a través de su ajuste ante el cambio de circunstancias. Así, por ejemplo, HILLMAN, R.A.: “Maybe Dick Speidel Was Right About Court Adjustment. *San Diego Law Review*: vol. 46, verano-2009, pp. 595 a 607.

En otra obra, HILLMAN, R.A. (“Court Adjustment of...”, p. 3 de 33) afirma que, en estas circunstancias, la negativa al ajuste del contrato de una de las partes supone el incumplimiento contractual.

⁴³⁷ Expone HILLMAN, R.A. (“Maybe Dick Speidel...”, pp. 595 a 607”) que el contrato debe ser ajustado siempre que el beneficio para ambas partes sea mayor que el perjuicio que pueda causar la excusa de la obligación del deudor.

⁴³⁸ Cfr. TRAKMAN, L.E.: “Winner take some:...”, pp. 471 a 519.

propia frustración contractual⁴³⁹.

Una de las doctrinas basadas en un “fundamento cualitativo” que más en auge está en el derecho estadounidense es la teoría del *superior risk bearer*, elaborada por Posner y Rosenfield⁴⁴⁰, y según la cual el riesgo imprevisto y no expresamente distribuido por las partes⁴⁴¹ debe ser asumido por aquella parte del contrato que en mejor situación esté, en términos económicos, de asumirlo⁴⁴². Esta doctrina se basa en la determinación de qué parte está en mejor situación de controlar tanto el riesgo como sus consecuencias. Desde esta perspectiva, y al menos teóricamente, solo es excusable el cumplimiento para la parte contractual que ha tomado todas las precauciones para garantizar el cumplimiento y mitigar los daños ante un evento sobrevenido. Si ambas partes han tomado esas precauciones, entonces el riesgo del cambio de circunstancias lo absorbe aquella parte que en mejor situación esté para asumirlo.

⁴³⁹ En este sentido se pregunta SCHWARTZ, A. A. (“A “Standard Clause Analysis...”, pp. 789 y ss.) si no sería suficiente con que el factor que provoca la frustración del contrato fuera extraordinario con independencia de cuál sea la voluntad, previsión y riesgo (asumido) de las partes.

⁴⁴⁰ Cfr. POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M.: “Impossibility and Related...”, pp. 83 a 118. Según estos autores, no existe distinción funcional entre la *impossibility*, la *frustration* y la *impracticability*. En todas estas doctrinas se trata de averiguar quién debe soportar el riesgo de una prestación que se ha tornado ineficiente económicamente (*Ibidem*, p. 86).

Otro autor de peso en la doctrina que apoya y sigue esta teoría es PERILLO, J.M.: *Calamari and Perillo...*, p. 516.

Esta teoría es utilizada incluso para solucionar supuestos de error común de las partes. Esos casos, según POSNER, R. (“Contracts as insurance”, en AA.VV: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, p. 409), podrían solucionarse atendiendo a quién está en mejor situación de soportar el riesgo de un error común sobre la esencia o naturaleza de la cosa. Para este autor, el propietario del objeto vendido debe responder de sus defectos ocultos toda vez que él estaba en mejor posición que el comprador para asegurar este riesgo. Sobre la aplicación de estos postulados a las doctrinas del error, v., ampliamente, KRONMAN, A.T.: “Disclosure, Information, and the Law of Contracts”. *The Journal of Legal Studies*: vol. 7, nº 1, enero-1978, pp. 1 a 34.

⁴⁴¹ Cfr. POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M.: “Impossibility and Related...”, p. 90: “Of course, if the parties have expressly assigned the risk to one of them, there is no occasion to inquire which is the superior risk bearer”.

⁴⁴² Nótese que esta teoría prescinde del consentimiento contractual. No se trata, en efecto, de averiguar lo que las partes pactaron implícitamente o asumieron de cualquier otro modo. De lo que se trata es de analizar la relación contractual para adjudicar, desde postulados de eficiencia económica, el riesgo no asumido contractualmente por las partes (V. HARRISON, J.L.: “A Case for Loss Sharing”. *Southern California Law Review*: vol. 56, enero-1983, pp. 573 a 601.). Cuestión distinta es que, a partir de estos criterios de eficiencia económica, pueda concluirse que las partes implícitamente asumieron un determinado riesgo.

Un exhaustivo estudio de las ideas de Posner y Rosenfield puede ser consultado en GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida...*, pp. 149 a 172.

La parte que en mejor situación está para asegurar un riesgo es aquella que en menores costes hubiera incurrido con el fin asegurarse contra ese riesgo. Según la teoría de Posner y Rosenfield⁴⁴³, para determinar esta cuestión deben tenerse en consideración tres criterios distintos: 1) el criterio de la probabilidad del riesgo: ¿qué parte estaba mejor informada sobre la probabilidad de que aconteciera el riesgo?; 2) el criterio de las consecuencias de la materialización del riesgo: ¿qué parte estaba mejor informada sobre las consecuencias del riesgo materializado⁴⁴⁴?; y 3) el criterio de los costes de transacción: ¿qué parte estaba, en el momento de contratar, en mejor posición para diversificar sus riesgos⁴⁴⁵?

Para ilustrar esta teoría se han utilizado en la doctrina varios ejemplos, entre los que destaca el siguiente: Imagínese que el sujeto Y estaba mejor informado que el sujeto X sobre la posibilidad de que un incendio destruyera la fábrica donde X se encargaba de elaborar el producto adquirido por Y. Dada esa mejor información, Y podía calcular mejor sus posibles pérdidas ante un eventual incendio. Supóngase también que Y adquiriría los objetos fabricados por X no solo de X sino también de otros fabricantes. En estas circunstancias, según el test de Posner y Rosenfield, X debe ser dispensado de sus obligaciones contractuales en el supuesto en que su fábrica se incendie por un factor ajeno a su voluntad, ya sea a través de la aplicación de la doctrina de la imposibilidad de la prestación, bien de la *impracticability* o incluso de la frustración del contrato⁴⁴⁶.

Esta determinación se basa en el hecho de que Y disponía (o se supone que debía

⁴⁴³ Cfr. ELOFSON, J.: “The dilemma of...”, pp. 1 a 13 de 24.

⁴⁴⁴ Este criterio es aplicado también por SYKES, A.O. (“The Doctrine of...”, pp. 68 a 70) a la hora de asignar los riesgos contractuales. Según este autor, en aquellos supuestos en los que no pueda determinarse qué parte contaba con mejor información deberá presumirse que debe soportarlo el deudor del servicio o bien característico y no el deudor del dinero o de la prestación genérica.

⁴⁴⁵ POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M (“Impossibility and Related...”, p. 91) los agrupan en dos: “The factors relevant to determining which party to the contract is the cheaper insurer are (1) risk-appraisal cost and (2) transaction costs. The former comprise the costs of determining (a) the probability that the risk will materialize and (b) the magnitude of the loss if it does materialize. The amount of risk is the product of the probability of loss and of the magnitude of the loss if it occurs. Both elements—probability and magnitude—must be known in order for the insurer to know how much to ask from the other party to the contract as compensation for bearing the risk in question”.

⁴⁴⁶ Obsérvese que, dependiendo de las circunstancias, este supuesto podría configurarse como uno de *impossibility*. En el derecho estadounidense, como ya se ha comprobado, prácticamente no existen diferencias de peso entre la *impracticability* y la *frustration*, de un lado, y la *impossibility*, de otro. Ello provoca que la doctrina del *superior risk bearer* sea aplicable, con matices, a las tres instituciones.

disponer) de una información relativamente mejor que X en relación con la probabilidad y consecuencias de un incendio en la fábrica de X y, por ello, debería haber adquirido un seguro contra incendios que incluyera supuestos como el acontecido. Para Y resultaba relativamente sencillo asegurarse. En cambio, X, al disponer de una información menor o de peor calidad sobre las posibilidades del incendio, debería haber invertido demasiado para adquirir un seguro adecuado o, de lo contrario, sin esa inversión, podría haber adquirido un seguro poco eficiente o que no cubriera el acontecimiento finalmente ocurrido. Además, aplicando el test de Posner y Rosenfield, resulta que Y habría incurrido en menores costes de transacción que X en la contratación de dicho seguro.

En efecto, Y podría haber contratado una póliza que incluyera todas las posibles pérdidas derivadas del incendio de las fábricas de sus proveedores y ello, sin duda, hubiera resultado más eficiente que la adquisición por parte de cada uno de los proveedores de un seguro para cubrir las pérdidas derivadas de un posible incendio (en ese supuesto los costes de transacción se multiplicarían tantas veces como número de proveedores de Y existieran). En este caso, siguiendo la doctrina del *superior risk bearer* y, en concreto, el test de Posner y Rosenfield, dado que Y estaba mejor informado tanto sobre la posibilidad de un incendio en la fábrica de X como de las posibles consecuencias y, además, dada su mejor situación para diversificar el riesgo (parece preferible que él adquiriera una póliza al hecho de que lo hagan todos sus proveedores), debe ser Y quien asuma el riesgo de las pérdidas provocadas por el incendio de la fábrica de su proveedor X⁴⁴⁷.

Obsérvese como esta teoría prescinde del criterio de la *foreseeability*⁴⁴⁸ al no ayudar en nada este elemento en la determinación de quién es el *superior risk bearer*⁴⁴⁹. Lo que las partes previeron o dejaron de prever es irrelevante a la hora de determinar quién está en mejor situación desde un punto de vista económico para asegurar un determinado riesgo⁴⁵⁰. De hecho, la teoría de la *superior risk bearer* recurre a otra ficción

⁴⁴⁷ Este es el ejemplo proporcionado por ELOFSON, J.: “The dilemma of...”, pp. 1 a 13 de 24.

⁴⁴⁸ Es cierto que la teoría exige que la parte que pretende la excusa del cumplimiento no esté en mejor situación que la contraparte para prevenir el riesgo. Esa prevención debe medirse en términos económicos y, por ello, la pregunta clave es, en efecto, ¿quién pudo haber tomado mejores medidas de precaución para prevenir el riesgo (si este se hubiera previsto, claro)?

⁴⁴⁹ Cfr. POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M.: “Impossibility and Related...”, p. 100.

a la hora de buscar su fundamento, cual es que las partes pretendían el resultado más eficiente posible para ambas. Exponen Posner y Rosenfield que, ante un derecho contractual que no es eficiente, las partes intentarán procurarse sus propias reglas basadas en la eficiencia. La eficiencia es, según estos autores, un objetivo inevitable del derecho de contratos y, por ello, puede presumirse que las partes siempre buscan el resultado más eficiente posible⁴⁵¹.

Una de las principales críticas que recibe la teoría del *superior risk bearer* consiste en su incapacidad para solucionar aquellos supuestos en los que de ningún modo puede determinarse quién está en mejor situación para asumir un determinado riesgo⁴⁵². En particular, se expone que esta teoría es inútil en aquellos supuestos en que el cambio de circunstancias resulte extraordinario e imprevisible (pues en esos casos no puede afirmarse con seguridad que una parte estaba en mejor situación que la otra para asumir el riesgo⁴⁵³). Pero no solo, ni sobre todo, resulta criticable esta teoría por su incapacidad para solucionar algunos supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias sino también por el poco respeto que profesa a la voluntad de las partes al asumir que la ausencia de una previsión contractual expresa supone que el riesgo debe ser asumido por aquella parte que está en mejor posición económica para asumirlo. La aceptación de esta

⁴⁵⁰ Este contraste entre el criterio (o teoría) de la *foreseeability* y la doctrina del *superior risk bearer* es puesto de manifiesto por ELOFSON, J.: “The dilemma of...”, pp. 1 a 13 de 24.

Este último autor defiende, sin embargo, que el criterio de la *foreseeability* también tiene (o debe tener) una justificación económica. De hecho, también según este autor, la principal característica de la *foreseeability* frente a la doctrina del *superior risk bearer* reside en la dependencia que esta última doctrina tiene de las asunciones puramente teóricas no comprobadas que, en realidad, provocan más problemas que soluciones.

⁴⁵¹ Cfr. POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M: “Impossibility and Related...”, p. 89.

⁴⁵² Así lo expone HILLMAN, R.A.: *The Richness of...*, p. 227.

Cuando no se pueda establecer quién está en mejor posición económica para asumir un determinado riesgo POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M (“Impossibility and Related...”, pp. 110 y 111) defienden que debe seguirse un sistema de *strict liability*, en el que se haga responsable al deudor, no exonerándosele del cumplimiento.

⁴⁵³ Cfr. TRIMARCHI, P.: “Commercial Impracticability in...”, p. 65. Expone este autor (*Ibidem*, p. 66), en cambio, que si el riesgo no es genérico sino que solo es susceptible de afectar a una de las partes (pone por ejemplo el incendio de una fábrica) podría considerarse que debe ser esa parte la encargada de tomar las medidas aseguradoras de ese riesgo. Esas medidas no deben tomarse nunca si el riesgo es imprevisible, extraordinario y, por lo tanto, genérico o, si se prefiere, no individualizable (inflación internacional, conflicto armado, etc.). En estos casos, afirma el autor (*Ibidem*, p. 75), siempre debería permitirse la excusa del cumplimiento.

teoría supone rechazar de plano el *pacta sunt servanda*, rechazando a su vez el carácter neutro de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

Se rechaza el principio *pacta sunt servanda* desde el momento en que resulta intrascendente el motivo por el que las partes no pactaron quién debe asumir un determinado riesgo dado que, en todo caso, deberá asumirlo la parte que en mejor posición esté para afrontarlo. Resulta intrascendente que el riesgo fuera imprevisible o que no pueda imputarse a ninguna de las partes; lo importante es decidir qué parte debe asumir el riesgo siguiendo criterios de carácter económico⁴⁵⁴. Sin embargo, como expone parte de la doctrina más crítica con el “fundamento cuantitativo”, el hecho de que una parte esté mejor informada sobre la probabilidad de un riesgo o de sus consecuencias no implica que esa parte deba asumir ese riesgo. De hecho, puede suceder todo lo contrario: esto es, que la parte que dispone de una mejor información sobre un determinado riesgo y sus consecuencias se aproveche de esa información para atribuir el riesgo a la contraparte.

Imagínese, por ejemplo, que una parte (Y) está en posición de conocer que el precio de asumir un determinado riesgo (considerando las probabilidades de que el riesgo acontezca en proporción con las pérdidas que se producirían de materializarse) ascienden a 100 (imaginemos, por ejemplo, el supuesto del incendio de la fábrica al que antes hemos hecho referencia), mientras que la contraparte, X, con la información de la que dispone, piensa que el coste de asegurar las pérdidas derivadas de la materialización del riesgo ascienden tan solo a la cantidad de 60. La superioridad del conocimiento de Y puede provocar que este imponga a X la asunción del riesgo del incendio de la fábrica a cambio de una cantidad que se encuentre entre 60 y 100, esto es, mayor al coste que el aseguramiento del riesgo tendría según las estimaciones de X pero menor al coste real del aseguramiento según la mejor información de Y. En ese supuesto, con la información de la que disponen las partes, no cabe duda de que un pacto que hiciera asumir el riesgo a X a cambio de una cantidad superior a 60 e inferior a 100 sería considerado como beneficioso para ambas partes aunque en realidad, en términos objetivos, solo lo sería para Y. Ello pone de manifiesto, a nuestro juicio, que la doctrina del *superior risk bearer* y, en concreto, su aplicación a través del test de Posner y Rosenfield no solo no tiene en

⁴⁵⁴ En este sentido, ELOFSON, J.: “The dilemma of...”, pp. 1 a 13 de 24.

consideración que la mejor información no supone la asunción de un determinado riesgo o de sus consecuencias sino que, además, la mejor información de una de las partes incluso puede incidir en la asunción contractual de riesgos *ex ante*, esto es, con anterioridad a que el riesgo se haya materializado⁴⁵⁵.

La incapacidad del test de Posner y Rosenfield para determinar qué parte es el *superior risk bearer* sobre la base de la información disponible ha llevado a algún autor a modular los criterios por los que debe considerarse que una parte está en mejor situación que la otra para asegurar un determinado riesgo. Así, según el test de Bruce, debe considerarse como *superior risk bearer* a aquella parte que en mejor situación esté para soportar el daño imprevisto. Según este test, el punto de mira no se sitúa ya en la información sobre la materialización del riesgo o de sus consecuencias sino en la capacidad de atemperar o minimizar los daños o pérdidas de una circunstancia inesperada. Se prescinde de la mejor información de las partes a la hora de contratar. De hecho, esta teoría se centra únicamente en las consecuencias económicas de un determinado suceso no contemplado contractualmente. Si un daño puede ser soportado por una parte mejor que por la otra, esta parte debe asegurar el riesgo aunque en el momento de contratar dispusiera de una información menos precisa sobre la probabilidad del riesgo y de sus consecuencias⁴⁵⁶. Se presume que las partes hubieran querido un resultado económico justo o, peor aun, se prescinde totalmente de lo que las partes hubieran querido y se decide por ellas cuáles son los fines y resultados que deben alcanzarse en todo contrato⁴⁵⁷.

Del mismo modo que ocurría en relación con el test de Posner y Rosenfield, el test de Bruce no está exento de críticas. Esas críticas se centran, además de en el poco respeto que se profesa a la voluntad contractual, en la imprecisión sobre el papel de la

⁴⁵⁵ Cfr. ELOFSON, J.: *Ibidem*, pp. 1 a 13 de 24.

⁴⁵⁶ Cfr. ELOFSON, J.: *Ibidem*, pp. 1 a 13 de 24.

Según este último autor, si se aplicara el test de Bruce a un supuesto en que un incendio destruye una fábrica y con ella todo el producto que Y había adquirido de X, X debería asegurar el riesgo de la pérdida de los productos en el caso de que sea capaz de reemplazarlos de otros proveedores a menor coste.

⁴⁵⁷ Expone esta postura, aunque discrepa con ella, SMITH, S.A. (*Atiyah's Introduction to...*, p. 190): “[...] a court *might* decide to go beyond the contract's literal terms where the court concludes that the contract's literal terms accurately represent the parties' agreed allocation of the relevant risk, but where they feel the allocation is unreasonable. In such a case, a court might decide to rewrite the contract so as to reach a result that they feel is more reasonable”.

información (esta vez sobre el coste que para cada una de las partes tendría asumir un determinado riesgo) a la hora de aplicarla. Así, en efecto, lo que no se determina en el test de Bruce es el peso que en la negociación contractual podría tener la mejor información que una parte tiene sobre la otra en lo relativo a la posibilidad de atemperar o diversificar las pérdidas o daños derivados de la materialización de un determinado riesgo.

Imagínese, por ejemplo, que una parte (Y) conoce que el coste de la contraparte (X) para asegurar un determinado riesgo es menor que el que tendría si ese riesgo lo asegurara ella misma. El problema reside en que X desconoce ese extremo. ¿No podría en ese caso asignarse contractualmente el riesgo a X y no a Y a cambio del precio que las partes asuman como apropiado por la asunción de dicho riesgo por parte de X (considerando, como es obvio, la probabilidad del riesgo y la cuantía de los daños que pueda provocar)? ⁴⁵⁸

Seguir una teoría como la del *superior risk bearer* o como la del test de Bruce supone atribuir siempre el riesgo del cambio de circunstancias a alguna de las partes del contrato. Esa atribución del riesgo supone, como afirmábamos, negar la alteración sobrevenida de las circunstancias como una doctrina que excusa el cumplimiento⁴⁵⁹, sin confirmar al mismo tiempo el principio *pacta sunt servanda* (la voluntad contractual queda relegada ante la eficiencia del contrato). Esta contradicción del principio *pacta sunt servanda* a través de la negación de la voluntad contractual se justifica o contrarresta mediante la presunción de que la voluntad de las partes, de haber previsto el riesgo finalmente acontecido, hubiera sido la de distribuir el riesgo de una manera eficiente desde postulados económicos⁴⁶⁰.

Pero, si en realidad fuera cierto que las partes de un contrato siempre están de acuerdo en asignar los riesgos a quien en mejores condiciones está de afrontarlos, entonces, en puridad, el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias sería

⁴⁵⁸ Las críticas en este sentido son muy similares a las dedicadas al test de Posner y Rosenfield. V., por ejemplo, ELOFSON, J.: “The dilemma of...”, pp. 1 a 13 de 24.

⁴⁵⁹ Como veremos en el siguiente apartado, la consecuencia básica que se deriva de la aplicación de la teoría del *superior risk bearer* es el mantenimiento del contrato y de sus obligaciones.

⁴⁶⁰ Se trata en definitiva de crear una nueva *implied condition* a través de la cual se presuponga que las partes hubieran elegido la opción más eficiente para repartir los riesgos contractuales.

siempre una cuestión que se pueda resolver matemática o económicamente. Podría afirmarse de hecho que es la voluntad implícita la que ha distribuido el riesgo. Si la voluntad de las partes consistía en atribuir el riesgo a la parte que en mejor condiciones estaba de afrontarlo, no nos encontramos pues ante un problema causado por una alteración sobrevenida de las circunstancias sino tan solo ante la necesidad de interpretar la voluntad contractual. El problema reside en el hecho de que si las partes conocen que los tribunales asignarán el riesgo a la parte que en mejores condiciones esté para asumirlo, creando así lo que en derecho estadounidense se denomina una *default rule* (norma dispositiva), ambos sujetos contractuales intentarán asignar a la otra parte los riesgos⁴⁶¹.

Lo anterior demuestra que un sujeto racional de ningún modo asumiría un riesgo por el hecho de estar en mejores condiciones para asumirlo. La teoría del *superior risk bearer* se basa en que lo más lógico hubiera sido que las partes optaran por la alternativa más eficiente. Lo que obvia es que las partes suelen tener voluntades enfrentadas: cada una de ellas intentará asumir el menor riesgo posible.

Además, se afirma por parte de sus detractores, esta teoría solo resulta útil para los jueces a la hora de resolver pero no para las partes a la hora de contratar. Así, en efecto, quién debe asumir el rol del *superior risk bearer* es en la mayoría de ocasiones una cuestión solo determinable *ex post*, cuando el riesgo se ha materializado⁴⁶². La

⁴⁶¹ Un interesante estudio en clave económica de las *default rules* y su papel en el derecho contractual puede ser encontrado en AYRES, I. y GERTNER, R.: "Filling Gaps In Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules". *Yale Law Journal*: vol. 99, 1989, pp. 87 a 130.

Una *default rule* es sinónimo en nuestro derecho de norma dispositiva. Para este último autor, muchas de estas *default rules* deberían ser (*Ibidem*, pp. 97 a 101) *Penalty Default Rules*. Estas *default rules* deberían perjudicar a la parte que no proporcionó una determinada información en el momento de contratar si en el momento de la ejecución del contrato se descubre un vacío o *gap*. Como es lógico, a la hora de establecer este tipo de *default rules* debe tenerse en consideración el tipo de información que las partes deberían haber comunicado a la hora de contratar. En ese ejercicio, debe tenerse en cuenta que si lo que se pretende es que las partes faciliten toda la información que poseen, entonces puede ocurrir que las partes no tengan incentivos en obtener información en la que sí tendrían interés si no tuvieran que compartirla. Debe destacarse, por otro lado, que las *default rules* que propone este autor no deben estar basadas únicamente en lo que las partes hubieran querido (*tailored default rules*) sino que también pueden tener un fundamento puramente económico (*untailored default rules*).

El fundamento económico de las *untailored default rules* se justifica por el hecho de que los vacíos o *gaps* contractuales no solo se producen ante la imprevisión contractual de las partes; también se producen intencionadamente porque una o ambas partes consideran que una determinada cuestión no debe ser regulada.

⁴⁶² Cfr. KULL, A.: "Mistake, Frustration, and...", pp. 1 a 20 de 37.

doctrina del *superior risk bearer*, a través de cualquiera de sus expedientes o métodos de aplicación, no provoca certidumbre para las partes a la hora de contratar. Ello se pone de manifiesto en distintos supuestos de la jurisprudencia estadounidense⁴⁶³. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto ya mencionado de *Transatlantic Financing Corp. v. United States*.

Como ya vimos, el tribunal determinó en ese supuesto que la empresa naviera estaba en mejor posición que el gobierno de Estados Unidos para asegurarse ante el cierre del Canal de Suez y, en concreto, ante el mayor coste del cumplimiento por rutas alternativas. También estaba la empresa naviera, según el tribunal, en mejor situación para detectar los problemas internacionales que pudieran afectar a su actividad. En definitiva, según Posner y Rosenfield, la decisión del tribunal fue la correcta dado que la empresa naviera estaba en mejor posición para informarse sobre la posibilidad y consecuencias del cierre del Canal de Suez y, además, los costes de transacción de la empresa naviera para asegurar el riesgo y sus consecuencias eran menores que los que tendría que haber asumido el gobierno de Estados Unidos⁴⁶⁴. Adviértase, no obstante, que podría considerarse más sencillo diversificar y asegurar el riesgo para la empresa naviera (que tiene contratadas numerosas rutas y puede asegurarse de una sola vez frente a cualquier acontecimiento que perturbara el cumplimiento de cualquiera de sus contratos) que para el gobierno.

El razonamiento del tribunal no es incorrecto. Sin duda, es cierto que la empresa naviera debía y era conocedora de los posibles conflictos internacionales que podían afectar a la viabilidad de las rutas pactadas contractualmente. También es cierto que la empresa naviera podía conocer los costes de cumplir el contrato a través de una ruta alternativa y, como no, podría haber estado asegurada frente a este tipo de riesgos. Lo que

Del mismo modo, señala ELOFSON, J (“The dilemma of...”, pp. 1 a 13 de 24) que el tribunal, en aplicación de esta teoría, está distribuyendo riesgos surgidos con posterioridad a la perfección del contrato (se prescinde de la voluntad contractual) y, además, no se tienen en cuenta los costes de transacción a la hora de contratar.

⁴⁶³ Cfr. WUORINEN, S. E.. “Case comment: Northern...”, 17 pp.

⁴⁶⁴ Para ELOFSON (“The dilemma of...”, pp. 1 a 13 de 24), este contrato podría calificarse, en los términos utilizados por POSNER y ROSENFELD, como un contrato gubernamental, cuyas principales características residen en el reconocimiento del poder informativo del gobierno y su capacidad para modificar los términos del contrato unilateralmente (y no meramente como un contrato para el transporte de mercancías).

no está claro es que el gobierno de Estados Unidos estuviera en todos esos campos en una posición de desventaja frente a la empresa naviera.

De hecho, cabe preguntarse si ¿no estaba el gobierno de Estados Unidos en mejor posición que la empresa naviera para informarse sobre la posibilidad y consecuencias del cierre del Canal de Suez?; ¿por qué debe calificarse este contrato, en la clasificación de Posner y Rosenfield, como un contrato de transporte y no como un contrato gubernamental? Por otro lado, ¿por qué debe medirse la información sobre el posible daño derivado del cierre del Canal de Suez en atención al coste de la ruta alternativa que tomó la empresa naviera para el cumplimiento del contrato?; ¿no podría haberse medido ese daño (y la posible información sobre su extensión) en atención al coste que tendría para el gobierno de Estados Unidos que las mercancías no llegaran a tiempo a su destino?

Por último, tampoco está claro que los costes de transacción en el aseguramiento del riesgo fueran menores para la empresa naviera que los costes del gobierno. No se deduce del caso que la empresa naviera tuviera en el momento de cumplir el contrato muchos compromisos similares (lo que le hubiera supuesto sin duda la posibilidad de asegurarse eficientemente en relación con todas sus operaciones) y, en cualquier caso, aunque hubiera sido así, ello de ningún modo implicaría que el gobierno de Estados Unidos, ante su mayor “diversificación de actividades”, no hubiera podido asegurarse de forma más eficiente⁴⁶⁵.

En definitiva, este supuesto pone de manifiesto que la doctrina del *superior risk bearer* no facilita la predicción de un resultado concreto. No proporciona seguridad jurídica. Ello resulta tan claro como claro es que, en aplicación de esta teoría, podría haberse atribuido al gobierno de Estados Unidos el riesgo derivado del cierre del Canal de Suez⁴⁶⁶. La imprevisibilidad de resultados que pueden derivarse de la aplicación de la doctrina del *superior risk bearer* provoca que su supuesta eficiencia tenga como

⁴⁶⁵ En este sentido, sobre todas estas críticas al test de Posner y Rosenfield, v. ELOFSON, J.: “The dilemma of...”, 24 pp.

⁴⁶⁶ Lo expresa ELOFSON, J. (*Ibidem*, p. 7 de 24) a la perfección: “Considering all the factors that would be relevant to the parties' allocation of risk, it is difficult to determine with any certainty where the risk of the closure of the canal would have been placed. Both sides could have made plausible claims that the other was the cheaper insurer, and choosing between these claims with any confidence seems to depend on an arbitrary initial exclusion of some information”.

contrapartida enormes costes de transacción a la hora de contratar ante el deber (pero también imposibilidad) de las partes de prever las posibles pérdidas y quién debe asumirlas⁴⁶⁷.

Aun así, a pesar de que la teoría del *superior risk bearer* no pueda relacionarse con la voluntad de las partes ni solucione adecuadamente la falta de previsión contractual sobre un determinado riesgo, nada impide que esta teoría pueda ser utilizada como una *default rule* a la hora de decidir si ante un supuesto de *impracticability* o de *frustration* debe excusarse el cumplimiento, se debe obligar a las partes a cumplir el contrato o, si bien, el contrato debe ser adaptado. Obviamente, si no puede deducirse del consentimiento contractual cómo ha sido distribuido el riesgo, habrá que aplicar una regla de derecho objetivo (*default rule*). Esa regla de derecho objetivo, si se derivara de la doctrina del *superior risk bearer*, consistiría en asignar el riesgo acontecido a la parte que en mejores condiciones estuviera de asegurar dicho riesgo en términos económicos⁴⁶⁸.

Pero, ¿qué ocurriría si las partes han pactado en el contrato la no aplicación de esta *default rule*? Pues, en ese caso, deberá valorarse si la *default rule* consistente en asignar el riesgo a la parte en mejor situación para asegurarlo es fuerte o débil. Si su justificación se considera fuerte en el contexto en el que se aplique, no se permitirá el pacto en contrario. Si la regla se considera débil, se permitirá que las partes la contraríen. Así, imagínese que en un contrato entre un consumidor y un empresario, el consumidor asume riesgos que correspondería asumir al empresario por estar en mejor situación para asegurarlos o bien que expresamente se acuerde no aplicar la regla del *superior risk bearer*. En ese supuesto, la regla se consideraría fuerte (*strong default rule*) y no podría ser modificada por las partes⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ En este sentido establece ELOFSON, J. (*Ibidem*, pp. 10 de 24) lo siguiente: “Even if the superior risk bearer theory could make a convincing claim to promote efficiency in the abstract, the fact that it produces unpredictable results in practice would substantially undermine this claim. At best, an unpredictable standard increases the transaction costs necessary to reach an efficient transaction. At worst, it leads to an ex post assignment of loss which could not have been anticipated ex ante, resulting in judicial decisions that are economically arbitrary even when the superior risk bearer is correctly identified”.

⁴⁶⁸ Se alega, en contra de la creación de una regla de derecho objetivo (o *default rule*), que no es posible proporcionar de antemano una regla satisfactoria para todo tipo de contratos y partes en una economía compleja como la actual. V., al respecto, SCHWARTZ, A.: “The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law”. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*: vol. 390, 1994, pp. 389 a 419.

⁴⁶⁹ Sobre las *default rules* y su configuración como débiles o fuertes, v. SEITA, A: “Uncertainty and contract...”, pp. 75 y ss.

No puede obviarse que, en determinados contextos, la caracterización de la *superior risk bearer* como una *default rule* puede causar una mayor eficiencia económica. Las partes serán más conscientes de la importancia de identificar los riesgos y de distribuirlos. Ello no puede conllevar, sin embargo, que esta regla sirva para resolver cualquier supuesto en el que las partes no previeron ni debieron prever un determinado riesgo o su magnitud. De hecho, parte destacada de la doctrina apuesta por aplicar esta doctrina solo en supuestos excepcionales, en que no pueda resolverse el problema sobre la base de las doctrinas tradicionales basadas en el consentimiento contractual o en aquellos supuestos en que, en realidad, las partes de algún modo hubieran decidido distribuir el riesgo contractual desde un punto de vista económico.

Aunque no se trate en dicho caso ni se mencione la doctrina del *superior risk bearer*, parece que dicha doctrina se aplica en el caso, ya comentado, de *NIPSCO* a la hora de valorar si las partes se han asegurado contra un determinado riesgo de forma eficiente económicamente (Posner fue el juez encargado de decidir el caso). Al analizar el caso, resulta indudable que, desde un punto de vista formal, lo que excluye la doctrina de la *impracticability* alegada por Nipsco es la existencia de un pacto sobre los precios mediante el que ya se distribuyó el riesgo del aumento de valor o depreciación del objeto del contrato. Desde un punto sustantivo, lo que explica el rechazo de la doctrina de la *impracticability* es la incapacidad de Nipsco de haber tomado las precauciones necesarias ante el riesgo de que los términos del contrato se tornasen antieconómicos⁴⁷⁰.

La doctrina del *superior risk bearer* prescinde del consentimiento contractual, y también de lo que partes previeron o debieron prever y el caso de *NIPSCO* es un ejemplo paradigmático de dicha concepción. Obsérvese, en efecto, que no se analiza en dicha decisión qué previeron o no previeron las partes ni tampoco cuáles han sido las causas de la depreciación del valor del carbón⁴⁷¹. Lo que determina que no se aplique la doctrina de la *impracticability* es que *NIPSCO* pactara una escala fija de precios cuando eso implicaba no asegurarse frente a una variación a la baja del valor de mercado del carbón.

⁴⁷⁰ En palabras del Juez Posner: “The reason why NIPSCO must pay Carbon County's loss is not that it should have continued buying coal it didn't need but that the contract assigned to NIPSCO the risk of market changes that made continued deliveries uneconomical”.

⁴⁷¹ Cfr. HALPERN, S.W.: “Application of the...”, pp. 1123 a 1178.

Y lo mismo hubiera ocurrido si el carbón, en lugar de depreciarse, se hubiera apreciado en el mercado. En ese supuesto hubiera sido la contraparte la que no habría tomado las precauciones necesarias para evitar el riesgo consistente en una subida del valor del carbón que no se reflejara en el precio de venta.

Y así se percibe de forma meridiana que lo que excluye la aplicación de la doctrina de la *impracticability* en este caso no es el consentimiento ni el deber de previsión de las partes —el tribunal en absoluto entra a valorar cuáles eran las condiciones en el momento de contratar y por qué han variado a lo largo del desarrollo de la relación contractual—. Lo que excluye la aplicación de la *impracticability* es no haber asegurado un riesgo que debía haberse asegurado en todo caso y fueran cuáles fueran las circunstancias. Esa falta de aseguramiento se pone de relieve a través de un pacto. Si ese pacto no hubiera existido, entonces habría que valorar quién debía asumir el riesgo de la variación de precios y solo en el supuesto en que se determinara que ninguna de las partes podía asegurar dicho riesgo, se debería haber excusado el cumplimiento.

Como pone de manifiesto la doctrina, el *superior risk bearer* es una teoría que, a partir de un análisis económico *ex post*, permite valorar cuál hubiera sido la postura más adecuada de las partes desde un punto de vista económico⁴⁷². Ello no implica que la aplicación de esta doctrina provoque el resultado económico más eficiente posible. Obsérvese que en el caso de NIPSCO, lo más eficiente económicamente hubiera sido ajustar el precio del carbón para que resultara ventajoso para ambas partes y no obligar a NIPSCO a pagar una indemnización por un incumplimiento contractual. Por ello, si por lo que se opta es por la eficiencia económica y por la “justicia”, entonces ya ni siquiera la *superior risk bearer* es un modelo suficiente para alcanzar estos fines. Esta doctrina solo serviría para apreciar cuál hubiera sido el modelo más adecuado de repartir los riesgos. A partir de ahí, habría que aplicar otro tipo de teorías como la del *Relational Interest* o, prescindiendo de cualquier base dogmática, ajustar el contrato, ponerle fin u ordenar su cumplimiento dependiendo de lo que el tribunal decida que es más justo desde un punto de vista económico o social en ese preciso momento.

A pesar de todo lo dicho, la determinación de quién estaba en mejor posición al

⁴⁷² Cfr. HALPERN, S.W.: *Ibidem*.

tiempo de contratar de prevenir o asegurar un riesgo es relevante a la hora de aplicar las doctrinas de la *impracticability* y de la *frustration* incluso aunque se apueste por el consentimiento contractual (o su ausencia) como fundamento a estas doctrinas. El punto clave se sitúa, así se refleja sin duda aunque indirectamente en el *Restatement* y en el UCC, en el deber de previsión de las partes como principal medio de distribuir los riesgos. A la hora de determinar ese deber de previsión de las partes resulta tan útil observar cuáles han sido los concretos pactos alcanzados (son estos los que mejor informan de la distribución de los riesgos) como atender a quién estaba en mejor situación para asegurar y prevenir un determinado riesgo.

El primer punto de ese análisis es, como no, determinar a quién afectaría ese riesgo y si había alguna posibilidad de asegurarse contra él. Los siguientes puntos en ese análisis nada tienen que ver con criterios económicos sobre la parte en mejor situación para prevenir y asegurar el riesgo. Esos puntos se relacionan con la magnitud del cambio de circunstancias, tanto en lo relativo al suceso que lo provoca como a las consecuencias. Son, de hecho, estos dos últimos elementos los únicos que, a posteriori (una vez acontecido el cambio de circunstancias), nos pueden hacer concluir si una parte podía haber tomado precauciones o haberse asegurado mejor ante una determinada contingencia⁴⁷³.

Como ya se ha especificado, el análisis no puede ser tan simplista como para aceptar o rechazar totalmente un punto de vista cualitativo o cuantitativo. Es necesario intentar explicar el fenómeno en su totalidad. Al fin y al cabo todo depende de cuál es la noción de contrato que se tenga. Si se apuesta por que el contrato siempre produzca un resultado equitativo y justo en términos económicos, no cabe duda de que poco o nada importa cuál ha sido la voluntad de las partes y, en particular, cuáles son o han sido los riesgos asumidos por estas. Si, en cambio, se parte de la idea de que el contrato viene definido por el consentimiento contractual libre y voluntariamente asumido y por la

⁴⁷³ La determinación de si las partes podían haberse asegurado mejor ante un determinado riesgo depende en última instancia de un análisis que no pueden hacer ellas mismas en el momento de contratar. Un buen ejemplo es el caso de *ALCOA* en el que, a priori, la existencia de un índice de actualización de precios como el pactado en el contrato parecía ser beneficioso para la demandante aunque, a posteriori, este hecho se demostró falso. Esa discordancia con la realidad (y, en concreto, la magnitud de la discordancia) es la que debe determinar la aplicación de la doctrina de la *impracticability* o la *frustration* con independencia de la determinación sobre qué parte estaba en mejor situación para asegurar el riesgo en el momento de contratar.

obligación general de cumplir lo pactado (aunque no se agote ahí), no cabe duda de que debe atenderse a esa voluntad contractual o a su ausencia a la hora de fundamentar, explicar y solucionar la alteración sobrevenida.

El mejor ejemplo de que el análisis cualitativo debe venir acompañado por un análisis cuantitativo es la regulación contenida en el UCC sobre la *impracticability*. El aumento de costes, por sí mismo, no da derecho a excusar el cumplimiento (la *impracticability* no puede asociarse sin más a la dificultad de la prestación). Además, es necesario que este aumento de los costes de la prestación venga provocado por una contingencia imprevista y que constituyera una *basic assumption* de las partes. Del mismo modo, no basta con que las partes no previeran una determinada contingencia que provoque que el cumplimiento sea más dificultoso u oneroso. Es necesario, además, que no debieran haberlo previsto o que no asumieran dicho riesgo. E, inevitablemente, para llegar a dicha conclusión será necesario recurrir a un análisis cuantitativo: la imprevisibilidad razonable de un evento depende, al menos en parte, de la cuantía de las pérdidas o costes que provoca. De hecho, podría considerarse que lo imprevisible son siempre las consecuencias —dada su gravedad— y no el suceso que las provoca.

4.6.2 *Las posibles consecuencias del cambio de circunstancias*

Obviamente, las consecuencias de la alteración sobrevenida de las circunstancias dependen de las posibilidades concretas que ofrezca cada caso y, específicamente, de la doctrina que se esté tratando de aplicar. Como ya se ha establecido con anterioridad en este trabajo, mientras que en los supuestos de *frustration* lo más común es excusar totalmente el cumplimiento (ante la dificultad o imposibilidad de volver a dotar al contrato de sentido o fundamento a través de su adaptación), en la aplicación de la *impracticability*, en cambio, parte significativa de la doctrina apuesta por adaptar el contrato y/o repartir las pérdidas resultantes del cambio de circunstancias⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ Según COHEN, M. R. (“The Basis of Contract” en AA.VV: *A Contracts Anthology*. 2ª Ed., editada y comentada por Peter Linzer. Anderson Publishing:, 1995, p. 66) una de las funciones del derecho de contratos es proporcionar una serie de reglas que permitan a los tribunales distribuir las pérdidas y ganancias de los factores imprevistos de conformidad con principios de equidad.

A pesar de estas diferencias y con independencia de la concreta institución o problema con que se esté lidiando, lo cierto es que en el derecho estadounidense pueden encontrarse dos grandes posturas en torno a las consecuencias posibles derivadas de la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida. Estas posturas van muy unidas, como no, al fundamento que se otorgue al problema del cambio de circunstancias. Esquemáticamente, esas posturas podrían dividirse en dos tipos: 1) la total excusa del cumplimiento con o sin la “resolución” de aquellos efectos que el contrato ha producido “indebidamente” y 2) la adaptación y/o el reparto de pérdidas y ganancias de forma equitativa⁴⁷⁵. Estas dos posturas podrían ser identificadas con el formalismo y el realismo jurídico en su concepción del contrato.

Si bien estas dos tipos de teorías parten y dan importancia al consentimiento contractual como la génesis del contrato, ambas divergen en la importancia que dan a este elemento en el desarrollo del plan prestacional⁴⁷⁶. Así, en efecto, aquellas teorías identificadas como formalistas se distinguen por i) estar basadas en unas reglas claras y previsibles; ii) excusar totalmente el cumplimiento del deudor; y iii) forzar la interpretación del contrato a través de la voluntad de las partes más allá de los términos expresos del mismo. En cambio, las doctrinas que podríamos calificar como realistas tienden a i) basarse en términos de políticas públicas —atendiendo a cuál es la decisión más beneficiosa para la sociedad—; ii) dar importancia a la equidad; y iii) atender al comportamiento y poder negociador de cada una de las partes⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Las distintas manifestaciones de las dos posturas que a continuación desarrollamos vienen recogidas a la perfección por JACKSON, J.H. y BOLLINGER, L.C. (*Contract Law in...*, pp. 1258 y 1259):

“a) Leave the parties where they are, but excuse all further performance;

b) Excuse further performance but grant quantum merit for “benefits conferred” by either party on the other;

c) Ascertain the total loss caused by the supervening event to both parties, divide by two, and shift the loss between the parties so as to split the loss evenly between them.

d) Assume payments made or work done represents the intent of the parties as to the allocation of losses and risks, and enforce obligations only to the extent they are “due” by the supervening event.

e) Supply a new clause for the contract which makes a “fair” allocation”.

⁴⁷⁶ Cfr. SPEIDEL, R.E.: *Contracts in Crises...*, p. 14.

⁴⁷⁷ Estos, entre otros, son los factores recogidos por SPEIDEL, R.E.: *Ibidem*, pp. 14 a 17. Expone este autor que si bien, en un inicio, la temática de la alteración sobrevenida de las circunstancias estaba dominada por doctrinas formalistas, a partir de los años 80 resurgieron las doctrinas realistas basadas en la necesidad de proporcionar un resultado justo y equitativo.

➤ *Excusa total del cumplimiento*

Entre aquellos que apuestan por excusar el cumplimiento ante el cambio de circunstancias, existen algunos autores que defienden la necesidad de que la única consecuencia derivada de la aplicación de las doctrinas de la *impracticability* o de la *frustration* sea la inexigibilidad de las obligaciones pendientes de cumplimiento para ambas partes⁴⁷⁸. Sin embargo, en lo que se refiere a las obligaciones ya ejecutadas, no debe establecerse ninguna consecuencia, sino que deben dejarse las cosas tal y como están (“*Leave things alone*”) aunque ello resulte en un beneficio o pérdida inesperada para alguna de las partes⁴⁷⁹. La aplicación de las doctrinas sobre la alteración sobrevenida determina que no deban cumplirse las obligaciones pendientes de cumplimiento pero también que no deban reasignarse las pérdidas o ganancias obtenidas por cualquiera de las partes. Se trata de aplicar al derecho de contratos las reglas propias de los derechos reales: la pérdida es para el dueño del derecho y si el derecho ya ha sido transmitido (si la prestación ya ha sido cumplida) no ha lugar a la restitución, salvo que las partes hayan distribuido el riesgo de cualquier otra forma. El *windfall principle* no es, desde luego, de carácter imperativo⁴⁸⁰.

El fundamento de esta postura reside en que aquellos riesgos que no han sido asignados por las partes no deben ser reasignados judicialmente⁴⁸¹. Obviamente, esta

⁴⁷⁸ En particular se alega esta doctrina o principio para supuestos de frustración del contrato y de error.

⁴⁷⁹ Expone KULL, A. (“Mistake, frustration and...”, pp 1 a 20 de 37), sin embargo, que la aplicación del *windfall principle* a aquellas prestaciones parcialmente ejecutadas es menos previsible, aunque en ocasiones los tribunales también han aplicado el principio a estos casos.

⁴⁸⁰ Una explicación tradicional de este principio puede ser consultada en KEITH, A.B.: *Elements of the...*, pp. 88 y 89.

⁴⁸¹ Apuntan PATTERSON, E.W., GOBLE, G.W. y JONES, H.W. (*Contracts: Cases and...*, p. 1073) que esta, de hecho, ha sido siempre la regla general aplicable a los contratos de arrendamiento: si nada se establece en el contrato o en una norma de derecho objetivo, es el arrendatario el que debe soportar la destrucción o inutilidad del bien arrendado. De igual modo, ATIYAH, P.S.: *An Introduction to...*, p. 140.

Hasta tal punto existe (o ha existido) esta creencia en el derecho anglosajón, que algunos autores afirman que uno de los requisitos para aplicar la *frustration* (en sentido amplio) es que no se trate de un contrato de arrendamiento (V. por ejemplo, DIXON, A.: *An Introduction to Mercantile and Commercial Law*. Londres: Heinemann, 1969, p. 98 y KEENAN, D.: *Smith and Keenan's...*, p. 83). *The House of Lords*, con división de opiniones, estableció en 1945, en el supuesto de *Trust Ltd v. Leightons Investment Trust Ltd* (1945 A.C. 221), que la doctrina de la *frustration* (en sentido amplio) sí era aplicable a los contratos de arrendamiento aunque de forma muy restrictiva.

postura rechaza cualquier consideración de justicia material. La mejor justicia (formal, claro está) puede conseguirse con una regla tan clara y previsible como la establecida por el *windfall principle*: la pérdida debe permanecer allá donde recayó⁴⁸². Este principio parte de la inexistencia de hueco (*gap*) alguno a rellenar (el contrato es ya completo), así como de la superioridad técnica de las reglas tradicionales del *common law* (“*rule-oriented methods*”) frente a los modernos métodos basados en el análisis económico del derecho. Pero, se alega, no es solo el *windfall principle* una regla clara y previsible; es también una regla eficiente en términos económicos pues obliga a las partes a identificar y asignar los riesgos ante una posible frustración (en sentido amplio) del contrato⁴⁸³.

Para parte de la doctrina este principio ha sido aplicado por la jurisprudencia estadounidense incluso de forma inconsciente. Así, en supuestos en que ya se había ejecutado la prestación, los tribunales tradicionalmente han negado el derecho de las partes a anular el contrato por existencia de error o a excusar el cumplimiento sobre la base de la *frustration*. En cambio, en supuestos muy similares, si la prestación no ha sido cumplida aún, los tribunales sí suelen otorgar la anulación o la excusa al cumplimiento sobre la base de la frustración del contrato. Esa diferencia en la aplicación se ha sustentado en ocasiones sobre la base de razones distintas a la aplicación del *windfall principle*. Sin embargo, como afirmábamos, parte de la doctrina considera que es este

Expone STONE, H. F. (“Equitable conversion by contract”. *Columbia Law Review*: vol. 13, 1969, pp. 385 y 386) que esta regla debe ser aplicada también a los contratos de venta de bienes inmuebles: el riesgo de la pérdida fortuita del inmueble una vez perfeccionado el contrato debe recaer sobre el comprador. Expone GRISMORE, G.C. (*Grismore on Contracts...*, pp. 225 a 227) que en los contratos de arrendamiento de vivienda, tradicionalmente, se ha considerado que las prestaciones de las partes son independientes entre sí.

En cualquier caso, como exponen SUMMERS, R. S. y HILLMAN, R. A. (*Contract and related obligation: theory, doctrine, and practice*. 5ª Ed. St. Paul (Minnesota): Thomson/West, 2006, p. 924), en algunos estados de Estados Unidos (entre los que se encuentran California y Nueva York) se han adoptado normas que provocan que el riesgo de la pérdida del bien inmueble vendido recaiga en el vendedor antes de la entrega, liberando al comprador del cumplimiento de su obligación correspondiente.

⁴⁸² De esta opinión también es GOLDBERG, V. (“Restitution rollout: the...”, 1133 a 1169) quien considera correcta a su vez la regla establecida en *Chandler v. Webster*, esto es, que la frustración del contrato debe excusar el cumplimiento de cualquier prestación aún no ejecutada sin que ello autorice la restitución de las prestaciones ya cumplidas ni menos aún la indemnización de cualquier perjuicio generado por la falta de cumplimiento (*reliance interest*).

⁴⁸³ Expone GILLETTE, C.P. (“Commercial Rationality and...”, pp. 521 y ss.) que las partes deberían prever siempre un mecanismo de solución ante los riesgos imprevisibles. Si ese mecanismo no se prevé, debe aplicarse el *windfall principle*.

principio el que, implícitamente y de forma intuitiva, ha determinado que casos prácticamente idénticos hayan sido resueltos de forma opuesta.

Según estos autores, las divergencias que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia pueden apreciarse en torno a la aplicación de la imposibilidad, la *impracticability* y la *frustration* se explican en su mayoría atendiendo a si las prestaciones habían sido cumplidas o no en el momento en que se alegaban estas doctrinas⁴⁸⁴. Las prestaciones ya cumplidas no deben restituirse y las pendientes de cumplimiento no deben cumplirse. En cuanto a aquellas prestaciones que no han sido aún cumplidas en el momento de que acontezca el suceso imprevisto, no existe unanimidad en la doctrina en torno a si deben ser cumplidas o no. Dos opciones son posibles: en primer lugar, entender que, al ya ser exigibles con anterioridad a que se conociera la causa de la *impracticability*, deben ser cumplidas⁴⁸⁵ o, en segundo lugar, considerar que no deben ser cumplidas pues el cumplimiento se ha tornado inexigible de modo sobrevenido aunque las obligaciones ya fueran exigibles con anterioridad a que aconteciera el evento sobrevenido⁴⁸⁶.

En uno de esos casos⁴⁸⁷, Walker acordó vender a Sherwood una vaca viva y de pura raza por un precio calculado de conformidad a su valor como carne de res, suponiendo las partes en el momento de contratar que la vaca era estéril (factor que obviamente afectaba a la determinación de su precio). Una vez perfeccionado el contrato, pero antes de la entrega de la vaca, un agente del vendedor determinó que la vaca estaba encinta. A la luz de esta información, el valor del animal superaba diez veces el valor pactado en el contrato. El tribunal que conoció del conflicto entre vendedor y comprador (el comprador pretendía la entrega de la vaca y el vendedor la anulación del contrato) declaró nulo el contrato sobre la base de un error mutuo —*mutual mistake*— que recaía

⁴⁸⁴ Debe tenerse en consideración que esta doctrina se alega como aplicable también a supuestos de error en el momento de perfeccionar el contrato.

⁴⁸⁵ Recogen y defienden esta posibilidad JACKSON, J.H. y BOLLINGER, L.C.: *Contract Law in...*, p. 1259.

⁴⁸⁶ El criterio, si se acepta el *windfall principle*, para determinar si la prestación deber ser cumplida debería ser si la prestación era o no exigible en el momento en que aconteció el suceso sobrevenido.

⁴⁸⁷ Este supuesto, *Sherwood v. Walker*, fue resuelto en 1887 por el Tribunal Supremo de Michigan [66 Mich. 568, 33 N.W. 919 (1887)].

sobre la naturaleza de la cosa vendida y no meramente sobre una de sus cualidades (lo que no hubiera dado lugar a la anulación del contrato).

En otro supuesto muy conocido⁴⁸⁸, Wood vendió a Boynton, joyero de profesión, una piedra del tamaño de un huevo de canario a cambio de un dólar. El vendedor había sido informado de que la piedra probablemente era un topacio. Sin embargo, transcurrido algún tiempo desde la entrega de la piedra, se descubrió que la piedra era en realidad un diamante en bruto valorado en torno a los 700 dólares. En este caso, el tribunal sostuvo que el contrato no podía ser anulado sobre la base de la existencia de un error mutuo. En ausencia de fraude o garantía por parte de comprador o vendedor (ninguno de los dos sabía que se trataba de un topacio), ninguno de ellos podía evitar el cumplimiento del contrato en sus estrictos términos. Tampoco hubo error de ningún tipo en la identificación del objeto; solo sobre su valor.

¿Cuál es la diferencia entre los supuestos anteriores? Pues bien, a pesar de que ello no se reconoce o evidencia de forma clara en muchos de los trabajos que han tratado sobre esta cuestión y los han comparado⁴⁸⁹, la única diferencia razonable entre uno y otro caso reside en el hecho de que en el primero de ellos las prestaciones aún no habían sido cumplidas mientras que en el segundo caso el contrato ya había sido ejecutado en su totalidad. La pérdida (y también la ventaja) debe permanecer allí donde se situaba en el momento en que surge o se hace evidente la existencia del error⁴⁹⁰. Y es que, a pesar de que podría pensarse que la diferencia entre uno y otro caso reside en el hecho de que en un caso se trata de un error sobre la naturaleza o esencia de la cosa y, en el otro, de un error sobre sus características o valor, lo cierto es que esa diferente tipología de error no se recoge en el *Restatement (Second) of Contracts*, en cuyo art. 152 tan solo se exige que el error afecte a una *basic assumption* en virtud de la cual se perfeccionó el contrato.

⁴⁸⁸ Este supuesto, *Wood v. Boynton*, fue resuelto en 1885 por el Tribunal Supremo de Wisconsin [64 Wis. 265, 25 N.W. 42 (1885)].

⁴⁸⁹ Cfr. KULL, A.: “Mistake, frustration and...”, 37 pp..

⁴⁹⁰ Si esta es la conclusión que se aplica a supuestos de error, con más razón aún debería aplicarse a supuestos de *frustration*, en que la causa de la pérdida de sentido del contrato es sobrevenida.

A pesar de que el *windfall principle* presente ventajas innegables (como la de su claridad), lo cierto es que su seguimiento podría suponer, sin embargo, contrariar el requisito de la *consideration of contracts*.

La *consideration* es un requisito del derecho contractual anglosajón, siempre puesto en entredicho por parte de la doctrina⁴⁹¹, según el cual la ejecución de un contrato

⁴⁹¹ V. por ejemplo, el artículo de LORD WRIGHT: "Ought of the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law". *Harvard Law Review*: vol. 29, 1936, pp. 1225 a 1252. Lo cierto es que en la década de los años 30 y 40, tras la publicación en el año 1932 de un *Restatement of Contracts* en el que expresamente se admitía la ejecutoriedad de promesas gratuitas (sin *consideration*) hizo que la doctrina estadounidense o bien negara o bien suavizara el requisito de la *consideration*. Al respecto, sobre el álgido debate que suscitó la cuestión deben verse los numerosos artículos que se publicaron sobre el particular; la mayoría de ellos en el volumen 41 de *Columbia Law Review*: CORBIN, A.: "Recent Developments in the Law of Contracts". *Harvard Law Review*: vol. 50, 1937, pp. 453 a 457; LLEWELLYN, K. N.: "On the Complexity of Consideration: A Foward". *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 777 a 782; SHARP, M.P.: "Pacta sunt Servanda". *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 783 a 798; FULLER, L.: "Consideration and Form". *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 799 a 824; MASON, M.S.: "The Utility of Consideration – A Comparative View". *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 825 a 862; HAYS, P. R.: "Formal Contracts and Consideration – A Legislative Program". *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 849 a 928 y LLEWELLYN, K.N.: "Common Law Reform of Consideration: Are there measures?" *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 863 a 876.

Significativas resultan las duras palabras dedicadas por HUMBLE, H.W. (*Contracts*. Nueva York: Harmon Publications, 1939, p. 17) al elemento de la *consideration*: "In its application it often appears to be the most outrageous and absurd of technicalities. From the standpoint of social service, it is the most useless of legal principles and probably works far more injustice than justice, though this is merely the writer's conclusion and is incapable of proof. If I had my way about it, every state legislature would abolish it at the next session and make every otherwise legal promise, sincerely made, enforceable, utterly regardless of consideration".

También hubo autores que defendieron sin tapujos la necesidad de mantener el requisito de la *consideration* pues gracias a él, aunque en ocasiones los tribunales lo aplicaran de forma mecánica, se podían resolver infinidad de casos en los que no existía *consideration* o esta era inadecuada desde un plano tanto patrimonial como moral o ético. En este sentido, HAVIGHURST, H.C.: "Consideration, Ethics, and Administration". *Columbia Law Review*: vol. 42, 1942, pp. 1 a 31.

En el mismo sentido, algunos años más tarde a la polémica, SHATWELL, K. O.: "The Doctrine of Consideration in the Modern Law". *Sydney Law Review*: vol. 1, N° 3, 1954, pp. 289 a 331 y PATTERSON, E.W.: "An apology for Consideration". *Columbia Law Review*: vol. 58, N° 7, 1958, pp. 929 a 963.

Como exponen KASTELY, A. H., POST, D. W y HOM, S. K (*Contracting Law*. Durham (Carolina del Norte): Carolina Academic Press, 1996, p. 280) en los años 70 y 80 la doctrina de la *consideration* resurgió con fuerza y se utilizó para explicar múltiples teorías de cariz económico y moral como la teoría de la *Realiance Interest* o el análisis económico del Derecho. Este auge de la doctrina probablemente tuvo su origen en la muy conocida obra de GILMORE, G. (*The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974, p. 13). Se afirma en esta obra que si se mantiene el elemento de la *consideration*, este debe servir para la resolución de problemas concretos y no como una regla o principio abstracto.

En la doctrina estadounidense reciente también hay algunas voces que rechazan o ponen entredicho la utilidad de la figura. Así, por ejemplo, WESSMAN, M.B.: "Should We Fire the Gatekeeper? An Examination of the Doctrine of Consideration". *University of Miami Law Review*: vol. 48, septiembre-1993, pp. 45 y ss.

debe conllevar algún tipo de beneficio para el deudor y algún tipo de pérdida o deterioro para el acreedor⁴⁹². Debe ser ese beneficio o pérdida lo que induzca a las partes al contrato toda vez que, tradicionalmente, los contratos y obligaciones gratuitas no han sido ejecutables en el derecho del *common law* ante su falta de *consideration*. Además, entre el beneficio y detrimento sufrido o recibido por cada una de las partes debe existir una conexión: esto por aquello, el *quid pro quo*⁴⁹³.

Otras opiniones muy autorizadas refuerzan el papel de la *consideration* como herramienta para asegurar que los contratos causen algún beneficio a la sociedad. En este sentido APPLEBEY, G.: *Contract Law...*, p. 97; BRADGATE, R.: "Formation of Contracts", en AA.VV. *The Law of Contracts*. 2ª Ed. Editada por Michael Furmston. Londres: Lexis Nexis UK, 2003, p. 215 y HILLMAN, R.A. y O'ROURKE, A.: "Rethinking Consideration in the Electronic Age". *Hastings Law Journal*: vol.: 61, diciembre-2009, pp. 311 y ss.

⁴⁹² Así lo estableció el Juez Stacy en el *leading case* resuelto por el Tribunal Supremo de Carolina del Norte, *Stronestreet v. Southern oil Co.* [226 N.C. 261, 37 S.E.2d 676]: "It may be stated as a general rule that "consideration" in the sense the term is used in legal parlance, as affecting the enforceability of simple contracts, consist of some benefit or advantage to the promisor, or of some loss or detriment to the promisee.

It is said that when one receives a naked promise and such promise is not kept, he is no worse off than he was before the promise was made. He gave nothing for it, loses nothing by it, and upon its breach he suffers no recoverable damage".

Parte importante de la doctrina (V. por ejemplo a HOEBER, R.C. ET ALLI: *Contemporary Business Law...*, p. 190), si bien considera que la *consideration* se define tanto por el beneficio a obtener por el deudor como por el perjuicio del acreedor, también establece que el elemento verdaderamente esencial que determina la existencia o no de *consideration* es el detrimento que debe sufrir el acreedor para que la obligación del deudor (y el contrato del que emana) tenga sentido económico. Tanto es así que algunos autores asimilan la *consideration* al cumplimiento de una condición a través de la cual se impone algún tipo de detrimento a la contraparte. Así, por ejemplo, SIMPSON, L.P. (*Handbook of the...*, 1954, pp. 92 y 93) considera que en un supuesto en el que una persona decide donar a otra un libro con la condición de que esa persona vaya a recogerlo a un determinado lugar, existe *consideration* en tanto en cuanto el acreedor del libro sufre algún detrimento (tener que ir a buscarlo). En el mismo sentido, EMANUEL, S. y KNOWLES, S.: *Contracts...*, p. 49 y 50.

En cualquier caso, como se observa, el requisito de la existencia del detrimento patrimonial es bastante amplio. En este sentido también AMES, J. B.: "Two theories of consideration", en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, p. 320.

Hasta tal punto es así que en algunos casos se ha considerado que existe un detrimento suficiente para la existencia de *consideration* a pesar de que las partes no lo hayan considerado así al tiempo de contratar (Cfr. HALSON, R.: *Contract Law...*, 2001, p. 160).

No todas las obligaciones, para existir, exigen *consideration*. El elemento de la *consideration* puede ser sustituido por una forma contractual o por la existencia de un beneficio obtenido previamente por el deudor (que al ser previo ya no se considera propiamente "*consideration*".) Al respecto, ampliamente, MURPHY, E.J. y SPEIDEL R.E.: *Studies in Contract...*, pp. 97 a 251.

⁴⁹³ Cfr. STONE, R.E. ET ALLI: *Fundamentals of Business Law*. Nueva York: The Foundation Press, 1950, p. 297.

Si bien comparten alguna similitud, el requisito de la *consideration* y el de la causa, propio de nuestra tradición jurídica, no pueden asimilarse. La noción de *consideration* es mucho más flexible y amplia que la de causa⁴⁹⁴ (aunque no puede equipararse, tampoco en derecho anglosajón, a los simples motivos⁴⁹⁵) y, además, está desprovista de cualquier tinte moral. La noción de *consideration* es puramente económica (aunque no necesariamente patrimonial), no moral⁴⁹⁶. Aun así, en la doctrina se ha puesto de manifiesto que en muchos supuestos los tribunales han acudido al elemento de la *consideration* con el fin de evitar la ejecución de acuerdos que resultaban injustos o contrarios a la implementación de alguna política de interés público⁴⁹⁷. De hecho, se pone de manifiesto en la doctrina que la *consideration*, a diferencia de la causa, tradicionalmente se ha considerado un elemento de prueba o de existencia del contrato que, sin embargo, ha venido cobrando sustantividad propia a lo largo del tiempo⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ Parte de la doctrina considera que es suficiente con que el detrimento que debe sufrir el acreedor puede derivarse de una relación jurídica distinta y anterior de la que emana la obligación del deudor. V. al respecto a AMES, J. B.: “Two theories of...”, p. 320.

Sobre las analogías y diferencias entre las doctrinas de la causa y la *consideration*, v. LORENZEN, E. G.: “Causa and consideration in the law of contracts”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, p. 565 a 588.

⁴⁹⁵ Cfr. CLARK, JR. W.L., THROCKMORTON, A.H. y BRIGHTMAN, A.C.: *Handbook of the...*, pp. 149 y 150.

⁴⁹⁶ Cfr. AMES, J. B.: “Two theories of...”, p. 321. En este sentido también, v. BARNETT, R. E.: *Contracts: Cases and...*, p. 615 y 618.

Por su parte, EISENBERG, M.A. (“The Bargain principle and its limits”. *Harvard Law Review*: vol. 95, nº 4, 1982, pp. 741 a 801) critica que el elemento de la *consideration* no tenga asignada la tarea de evaluar la adecuación moral de los pactos más allá de la existencia de *consideration* en sentido económico. Sobre la *consideration* en derecho inglés actual, v. BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J.: *Anson's Law of...*, pp. 91 a 116.

Sobre la historia en clave jurídica de la *consideration* en el *common law*, v. AMES, J.B.: “The History of Assumpsit (Part 1)”. *Harvard Law Review*: vol. 1, 1888, pp. 1 a 18; AMES, J.B.: “The History of Assumpsit (Part 2)”. *Harvard Law Review*: vol. 1, 1888, pp. 53 a 70; AMES, J.B.: “Parol Contracts prior to Assumpsit”. *Harvard Law Review*: vol. 8, 1894, pp. 252 a 264; WHITNEY F.A.: *The Law of Contracts*. 6ª Ed. Albany (Nueva York)/Nueva York: Matthew Bender & Company, 1958, pp. 101 a 148 y SIMPSON, A.W.B.: *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*. Oxford: Clarendon Press, 1975.

⁴⁹⁷ Así, WESSMAN M. B. (“Should we Fire ...”, pp. 45 y ss) ha demostrado que desde los años 70 hasta la actualidad pueden encontrarse más de 300 casos en los que se pone de manifiesto este uso de la doctrina de la *consideration*.

⁴⁹⁸ Cfr. WHINCUP, M. ET ALLI: *Contract Law and Practice: The English System, with Scottish Commonwealth, and Continental Comparisons*. 5ª Ed. Nueva York: Kluwer Law International, 2006, p. 74.

De algún modo, el requisito de la *consideration* impide la ejecutabilidad de obligaciones con “causa” gratuita. Toda obligación debe realizarse sobre la base de la obtención de algún beneficio o ventaja, consistiendo esa ventaja en los contratos con obligaciones bilaterales o recíprocas en el cumplimiento de la obligación de la contraparte. La *consideration* impide que alguien se obligue a cambio de nada⁴⁹⁹, pero una vez existe una razón para obligarse que pueda ser calificada de *consideration*, el ordenamiento no investiga si esta es adecuada desde un punto de visto económico: ese extremo solo le corresponde a las partes⁵⁰⁰.

Además, a través del principio de mutualidad (“*principle of mutuality*”), seguido en cientos de casos por la jurisprudencia estadounidense, la *consideration* vendría a exigir que ambas partes queden obligadas: o ambas quedan obligadas o ninguna debe cumplir con su obligación⁵⁰¹. Nótese, en cualquier caso, como el requisito de la *consideration* está sufriendo, ya desde los años 30 (con la publicación del primer *Restatement of Contracts*), un proceso de relajación. En esa línea, en el actual art. 90 del *Restatement (Second) of Contracts* solo se exige el elemento de la *consideration* en la medida en que su inexigencia pudiera provocar un resultado injusto.

Por otro lado, en el *Restatement (Second) of Contracts* parece que la *consideration* se identifica con las expectativas del deudor⁵⁰². Al respecto, debe tenerse en consideración

⁴⁹⁹ Este es el segundo elemento junto con el “detrimento” patrimonial que indica la existencia y validez de la *consideration*: el elemento del “*bargained for*” según el cual el deudor queda obligado en virtud del detrimento que también sufre el acreedor. La relación entre estos dos elementos viene ejemplarmente explicitada por LIEBERMAN, J.K. y SIEDEL, G.J. (*Business Law and the Legal Environment*. San Diego (California): Harcourt Barce Jovanovich, 1985, p. 184): “Consideration has two elements. The first, as just outlined, is whether the promisee has incurred a legal detriment. [...] The second is whether the legal detriment was bargained for: did the promisor specifically intend the act, forbearance, or promise in return for his promise?”

⁵⁰⁰ En este sentido, expone HULVEY, C.N. (*Comercial Law: Principles and Cases*. Nueva York: The Macmillan Comany, 1930, pp. 56 a 58) que la adecuación económica de la *consideration* solo debe ser analizada en el supuesto en que haya señales de fraude por parte de los contratantes. Exponen PAUST, J. L., UPP, R. D. y SHERRY, J. E. H. (*Business Law*. 4ª Ed. St. Paul (Minnesota): West Publishing Company, 1984, pp. 72 y 73) que la adecuación de la *consideration* solo puede ser examinada cuando su inexistencia o inadecuación altere la conciencia de los tribunales (“*shock the conscience of the court*”) o sea indicativa de la existencia de fraude o vicio del consentimiento.

⁵⁰¹ Cfr. FULLER, L.L. y EISENBERG, M. A.: *Basic Contract Law*..., p. 87.

⁵⁰² El tenor literal del art. 90 es el siguiente:

“§ 90. Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance

que el art. 237 del *Restatement*⁵⁰³ establece que ninguna de las partes debe cumplir con su obligación en el supuesto en que la otra parte no cumpla la suya. Es de notar, como pone de manifiesto la doctrina, que el hecho de que en el artículo se hable de falta de cumplimiento (*failure of performance*) en lugar de incumplimiento (*breach*) permite que el artículo acoja los supuestos en que una de las prestaciones no deba cumplirse ante la alteración sobrevenida de las circunstancias. En ese caso, esa excusa del cumplimiento será un no cumplimiento pero no un incumplimiento o *breach*⁵⁰⁴. De un modo similar ocurre en el UCC, cuyo art. 2-507, apartado 1^o⁵⁰⁵, excusa al comprador⁵⁰⁶ de su obligación de pago siempre que los bienes no sea entregados, sin especificar que la falta de entrega deba tratarse de un incumplimiento imputable.

En cualquier caso, si el requisito de la *consideration* (flexibilizado o no) solo se exige en el momento de perfeccionar el contrato, es obvio entonces que la aplicación del *windfall principle* no entra en contradicción con él. Efectivamente, es cierto que alguna de las partes, aquella que ya haya cumplido con su prestación y que no tenga derecho a recibir la contraprestación (en su totalidad o parcialmente) por causa de la *impracticability* o la *frustration*, está sufriendo un empobrecimiento a cambio de nada.

(1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires”.

Sobre este artículo y las discusiones que su introducción produjo, v. KESSLER, F y GILMORE, G.: *Contracts: Cases and Materials*. 2ª Ed. Boston: Littler, Brown and Company, 1970, pp. 204 a 206.

⁵⁰³ El tenor literal del artículo es el siguiente:

“§ 237. Effect on Other Party's Duties of a Failure to Render Performance

Except as stated in § 240, it is a condition of each party's remaining duties to render performances to be exchanged under an exchange of promises that there be no uncured material failure by the other party to render any such performance due at an earlier time”.

⁵⁰⁴ Cfr. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, p. 63.

⁵⁰⁵ El tenor literal del artículo es el siguiente:

“§ 2-507. Effect of Seller's Tender; Delivery on Condition.

(1) Tender of delivery is a condition to the buyer's duty to accept the goods and, unless otherwise agreed, to his duty to pay for them. Tender entitles the seller to acceptance of the goods and to payment according to the contract”.

⁵⁰⁶ Recuértese que en el UCC la *impracticability* se regula en sede del contrato de compraventa.

Ese empobrecimiento, si se acepta que la *consideration* es un requisito solo exigible en el momento de perfeccionar el contrato, no es debido a la ausencia de *consideration*⁵⁰⁷. Ese empobrecimiento se debe única y exclusivamente a la aplicación de la doctrina según la cual el riesgo debe permanecer allá donde recae (*windfall principle*).

➤ *Excusa total del cumplimiento: deber de restitución de las prestaciones ya ejecutadas*

Ya sea debido a su incompatibilidad con el requisito de la *consideration* o no, la mayor parte de la doctrina que rechaza la adaptación del contrato ante la alteración sobrevenida de las circunstancias también rechaza la aplicación del *windfall principle* en supuestos de *impracticability* o *frustration*. En esos casos, ante la excusa del cumplimiento del deudor, el acreedor tiene derecho a no cumplir la prestación aún no ejecutada⁵⁰⁸, así como a que se le restituya la ya cumplida en consideración o a cambio de la prestación cuyo cumplimiento se excusa⁵⁰⁹. Se expone que la *impracticability* y la

⁵⁰⁷ Cfr. McKENDRICK, E.G.: “Discharge by Frustration...”, p. 1352.

En contra, esto es, afirmando que la obligación correspondiente no debe cumplirse como consecuencia de una *failure of consideration* sobrevenida, se pronuncian CONWAY, P.R.: *Outline of the...*, p. 469; McELROY, R.G.: *Impossibility of performance...*, pp. 75 a 82 y COPPOLA, A.J.: *The Law of Business Contracts*. Totowa (New Jersey): Littlefield, Adams & Co, 1968, p. 125.

⁵⁰⁸ La excusa del deber de cumplir con la propia prestación cuando la contraprestación del deudor también ha sido excusada es admitida por prácticamente la totalidad de la doctrina cuando el contrato es bilateral (Cfr. NEHF, J.P.: *Corbin on contracts...*, p. 16 y PERILLO, J.M.: *Calamari and Perillo...*, p. 433.) Al fin y al cabo, la excusa del deudor se trata de un incumplimiento. Un incumplimiento inimputable, pero incumplimiento a los efectos de liberar al acreedor de la obligación de cumplimiento de su propia prestación. Así también se reconoce en el art. 2-613 UCC en el supuesto de pérdida fortuita de la mercancía, así como ante la pérdida parcial si el comprador rechaza el cumplimiento en lugar de conformarse con la entrega de las mercancías aún existentes tras la correspondiente adaptación proporcional del precio.

Recuerda SLATER, J.A. ET ALLI (*Slater's Mercantile Law...*, p. 101) que el incumplimiento, para que sea calificado como tal, no tiene por qué ser intencionado o culpable.

⁵⁰⁹ Aunque se afirme, y así parezca a priori, que el elemento de la *consideration* solo debe exigirse al tiempo de la perfección del contrato, lo cierto es que ese elemento parece tener cierta influencia en el régimen de ejecución contractual. Así lo establece numerosa jurisprudencia, entre la que destaca la ya clásica resolución *Vidal et al. v. Transcontinental & Western Air, Inc.* (Circuit Court of Appeals, Third Circuit, 1941. 120 F.2d 67).

Así se deriva también de la regulación contenida tanto en el *Restatement* como en el UCC, en los que se exige que tanto el pago del dinero como la entrega de las mercancías u objetos vendidos se hagan al mismo tiempo. La obligación de entrega de una de las partes está condicionada al cumplimiento de la obligación correspondiente. Este condicionamiento se ha configurado, por lo común (así se hace, por ejemplo, en el caso que acabamos de citar), como una condición implícita. Esa condición implícita, no obstante, se relaciona indudablemente con el elemento de la *consideration*.

frustration deben ser consideradas como un incumplimiento contractual que, sin embargo, no da derecho a la indemnización de daños y perjuicios⁵¹⁰ aunque sí habilita al acreedor de la obligación excusada para activar el resto de opciones que le otorga el incumplimiento: tales como no ejecutar su prestación o suspenderla si la *impracticability* o la *frustration* es temporal o incluso “resolver” el contrato si la causa que excusa el incumplimiento es temporal pero frustra, sin embargo, la finalidad del contrato⁵¹¹.

En cuanto al deber de restitución de las prestaciones ya ejecutadas, parte de la doctrina lo fundamenta en los arts. 240 y 272 del *Restatement (Second) of Contracts*⁵¹². En el art. 240⁵¹³ se regula la correspondencia entre las prestaciones divisibles de un contrato o entre las subprestaciones divisibles de una única prestación, de tal modo que si una prestación es divisible y su contraprestación también y se puede establecer una correspondencia (económica y jurídica) entre cada una de esas partes de las prestaciones o subprestaciones, entonces el cumplimiento de cada una de esas partes produce los mismos efectos en relación con la contraprestación parcial que si el contrato solo contemplara esas prestaciones⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Expone SIMPSON, L.P. (*Handbook of the...*, pp. 491) que si ambas partes quedan excusadas del cumplimiento de su obligación, no existe ninguna base para reclamar la pérdida de beneficios. Obviamente, no existe derecho a la indemnización ante la pérdida de beneficios si no existe deber de cumplimiento.

⁵¹¹ Cfr. MURRAY, JR. J. E: *Murray on Contracts...*, pp. 659 y 660 y FARNSWORTH, E.A.: *Farnsworth on Contracts...*, pp. 635 y 636. Afirma este último autor (*Ibidem*, p. 636) que debe tenerse en consideración que ante la *impracticability* y la *frustration* temporal, la única opción del deudor puede ser la de resolver el contrato ante la imposibilidad de solicitar daños y perjuicios.

⁵¹² Cfr. LORD, R.A.: *Williston on Contracts...*, p. 325.

Otra parte importante de la doctrina critica con dureza el contenido del art. 272. Este artículo supone el poder del tribunal, alegan, de crear obligaciones para las partes. En este sentido parecen pronunciarse FULLER, L.L. y EISENBERG. M. A.: *Basic Contract Law...*, p. 786.

⁵¹³ El tenor literal del artículo es el siguiente: “If the performances to be exchanged under an exchange of promises can be apportioned into corresponding pairs of part performances so that the parts of each pair are properly regarded as agreed equivalents, a party's performance of his part of such a pair has the same effect on the other's duties to render performance of the agreed equivalent as it would have if only that pair of performances had been promised”.

⁵¹⁴ Así también el apartado 2.4 de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*: “Where it appears to the court that a part of any contract to which this Act applies can properly be severed from the remainder of the contract, being a part wholly performed before the time of discharge, or so performed except for the payment in respect of that part of the contract of sums which are or can be ascertained under the contract, the court shall treat that part of the contract as if it were a separate contract and had not been frustrated and shall treat the foregoing section of this Act as only applicable to the remainder of that contract”.

Por su lado, en el art. 272 del *Restatement* se establece que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 240, cualquiera de las partes afectada por las figuras reguladas en el capítulo correspondiente a la *impracticability* y a la *frustration* puede solicitar la restitución de prestaciones. Este deber de restitución, se afirma en la doctrina y en la jurisprudencia, no es como tal un deber contractual⁵¹⁵. Ello no impide, no obstante, aplicar las reglas relativas a los cuasi contratos y ordenar así la restitución de las prestaciones ya cumplidas con el objeto de evitar un enriquecimiento injustificado⁵¹⁶. No son pocos los supuestos en los que ante la excusa del cumplimiento sobre la base de la imposibilidad, la *impracticability* o la *frustration* los tribunales han acordado la restitución de las prestaciones parcial o totalmente ejecutadas⁵¹⁷. La restitución de estas prestaciones, parcial o totalmente ejecutadas, se subordina, sin embargo, a que, como decíamos, la contraparte haya recibido algún beneficio injustificado⁵¹⁸. Así se dispone en el art. 377 del *Restatement (Second) of Contracts*:

⁵¹⁵ Como exponen KASTELY, A. H., POST, D. W y HOM, S. K (*Contracting Law*.... pp. 111 y 112) la restitución es en Estados Unidos una materia jurídica diferente del derecho de contratos, con un *Restatement* propio publicado por el prestigioso *American Law Institute: The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*. La responsabilidad nacida del derecho de restitución o del enriquecimiento injustificado no deriva de la existencia de un acuerdo o contrato.

⁵¹⁶ Para GRISMORE, G.C. (*Grismore on Contracts*..., p. 177) en este caso se produciría un enriquecimiento injustificado en la medida en que previamente haya habido un beneficio.

Sin embargo, LORD, R.A. (*Williston on Contracts*..., p. 325) dispone que la alegación de la doctrina del enriquecimiento injustificado exige algo más que la demostración de que una determinada persona ha obtenido un beneficio por el que no ha sufrido un detrimento patrimonial. De hecho, si existe un acuerdo contractual válido en virtud del cual se ha obtenido ese beneficio, la alegación de la doctrina del enriquecimiento injustificado queda vedada a no ser que se declare la ineficacia del contrato. En supuestos de *impracticability* es necesario alegar y demostrar entonces que la excusa del cumplimiento de una obligación determina la ineficacia de las obligaciones de la contraparte, incluso de aquellas que ya han sido cumplidas.

⁵¹⁷ Este fue el criterio adoptado por el Tribunal Supremo de Rhode Island en el caso, resuelto en el año 1943, *Cinquegrano v. T.A. Clarke Motors, Inc* (69 R.I. 28, 30 A.2d 859). En este caso se discutía si el comprador de un vehículo tenía derecho a recuperar el precio parcialmente abonado al haberse tornado imposible el cumplimiento de la obligación. La obligación se había tornado imposible debido a una prohibición del gobierno de los Estados Unidos.

⁵¹⁸ Así lo expone CORBIN, A.L. ("Supervening impossibility of...", p. 975): "In case of part performance, justice requires payment to the extent of value received, without regard to the contract".

“§ 377. *Restitution in Cases of Impracticability, Frustration, Non-Occurrence of Condition or Disclaimer by Beneficiary*

A party whose duty of performance does not arise or is discharged as a result of impracticability of performance, frustration of purpose, non-occurrence of a condition or disclaimer by a beneficiary is entitled to restitution for any benefit that he has conferred on the other party by way of part performance or reliance.

El deudor no debe cumplir con su prestación y, por lo tanto, la contraparte debe ser restituida (o indemnizada en caso de prestaciones no dinerarias) con las prestaciones que ya hubiera cumplido y que constituyan un beneficio indebido para la contraparte. Del mismo modo, el deudor de la prestación que se frustra o se torna “impracticable” debe ser restituido con las prestaciones que ya hubiera ejecutado parcialmente si ello constituye un beneficio indebido para el acreedor, que ya no debe cumplir con su propia prestación debido a la *impracticability* que afecta a la prestación del deudor⁵¹⁹.

La clave está en determinar en qué supuestos se ha producido un beneficio que permita no restituir las cantidades ya abonadas, los objetos entregados o el valor de las prestaciones parcialmente ejecutadas con anterioridad a la excusa del cumplimiento⁵²⁰. En estos casos, como ya vimos, los tribunales no atienden solamente (y a veces ni tan siquiera) a la equivalencia entre la prestación ya cumplida y la que no debe cumplirse a la hora de determinar los deberes de restitución entre las partes⁵²¹. Los tribunales

⁵¹⁹ El deber de restitución no solo alcanza al deudor de la prestación que se frustra o se torna “impracticable”, sino también al acreedor que ha recibido una prestación parcial. Así lo expone con claridad LORD, R.A. (*Williston on Contracts...*, p. 687): “Where a party is excused by impracticability but has partly performed some contractual mandates before impracticability sets in, or where the other party has partly or wholly performed without being paid, justice requires the imposition of a quasi contractual obligation, on the party receiving the benefit of such performance, in the amount of its fair value. No fundamental distinction can be drawn between these two cases. It should make no difference whether the party seeking quasi contractual relief is the one who has failed, due to impracticability, to fulfill the contract, or whether it is the other party who has rendered performance”.

⁵²⁰ Si la prestación ya ejecutada consistía en la entrega de una cosa (incluido el dinero) lo que se reclamará, lógicamente, es su devolución. Si la prestación ejecutada era de servicios, lo que se reclamará será su valor.

⁵²¹ La bilateralidad o equivalencia de las obligaciones tradicionalmente nunca ha producido efectos jurídicos en el *common law*. No existe ni tiene importancia la bilateralidad ni mucho menos la figura del sinalagma funcional desde un punto de vista jurídico. Aun así, como expone CORBIN, A.L. (“Frustration

estadounidenses atienden a todos y cada uno de los factores que podrían indicar que ha existido un beneficio que impide la restitución o indemnización de las prestaciones ya ejecutadas, aunque sea parcialmente, con anterioridad a la excusa del cumplimiento⁵²².

A estos efectos, es preciso volver a recordar que el elemento de la “*consideration*”, típico del derecho anglosajón, no es asimilable al de la causa de las obligaciones y ello se evidencia claramente en el hecho de que, *per se*, el incumplimiento (o, si se prefiere, la excusa del cumplimiento de una obligación) no supone la restitución de su correspondiente si esta ya ha sido cumplida. La restitución de las prestaciones no se produce del modo en que se contempla en el art. 1124 CC para las obligaciones sinalagmáticas, sino sobre la base y alegación de un enriquecimiento indebido que se presume salvo que se hubiera condicionado el cumplimiento de una obligación al cumplimiento de la obligación declarada “impracticable.”⁵²³

of Contract...”, p. 3), la inexigencia legal de este requisito entra en contradicción con las prácticas comerciales y la moral social (económica).

También pone de manifiesto este autor (*Ibidem*, p. 3) que la bilateralidad, a modo de equivalencia, ha sido introducida a través de una *implied condition*: la prestación no debe ser cumplida si no se cumple también la contraprestación.

⁵²² Recuérdense aquellos supuestos ya traídos a colación en los que se excusaba al constructor de una obra de su obligación de terminarla y, sin embargo, no se le obligaba a entregar las cantidades recibidas a cuenta toda vez que el dueño de la obra, al haber sido esta parcialmente ejecutada, había recibido un beneficio. Expone al respecto LORD, R.A.: (*Williston on Contracts...*, p. 283) lo siguiente: “To the extent that the contract price can be roughly apportioned to the work done, recovery will not be allowed in excess of the proportionate amount of the price”.

Ante estos casos, parte de la doctrina pone en duda que exista un beneficio injustificado cuando la *impracticability*, la *impossibility* o la *frustration* también ha destruido ese beneficio. Como mucho, en esos casos, el beneficio es temporal (V. MACAULY, S, KIDWELL, WHITFORD, W y GALANTER, M.: *Contracts: law in...*, p. 1104).

Expone TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, p. 600) que los tribunales estadounidenses han contemplado hasta tres definiciones distintas de beneficio a la hora de decidir la restitución o indemnización de las prestaciones ya ejecutadas: a) el beneficio efectivamente recibido por el acreedor de la prestación parcialmente ejecutada; b) el valor de la prestación parcialmente ejecutada; y c) la parte del precio correspondiente a la prestación no dineraria ya ejecutada.

Sobre las posibles interpretaciones del término beneficio, v. también BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J.: *Anson's Law of...*, pp. 502 a 504.

⁵²³ Esto es lo que ocurrió en el caso de *Office of Comptroller General of Republic of Bolivia on Behalf of General Command of Bolivian Air Force v. International Promotions and Ventures, Ltd.* [618 F. Supp. 202 (S.D. N. Y. 1985)], en el que se ordenó que se devolvieran a las fuerzas aéreas de Bolivia una serie de letras de cambio que se habían entregado al gobierno de Estados Unidos a cuenta de un equipamiento militar cuya licencia finalmente fue denegada. El gobierno de Estados Unidos pretendía retener las letras de cambio entregadas alegando que servirían para garantizar otros préstamos otorgados, así como para asegurar la identidad del librador de las notas. Sin embargo, los tribunales ordenaron la

Además, en ocasiones, y toda vez que uno de los objetivos de la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias consiste en no causar a la parte frente a la que se alega un perjuicio que vaya más allá de la falta de cumplimiento, los tribunales han determinado que la parte que alega la *impracticability* o la *frustration* indemnice a su acreedor los daños sufridos como consecuencia de la falta de cumplimiento (“*reliance interest or loss*”); en el bien entendido, claro está, de que esos daños no se corresponden con el interés contractual positivo sino con los gastos en la preparación de la propia prestación o los gastos derivados de la creencia o expectativa razonable de que la contraprestación sería cumplida⁵²⁴. Lo que se busca es la indemnidad del acreedor ante la falta de cumplimiento del deudor que alega la doctrina excusatoria y no su completa satisfacción.

Así, por ejemplo, en el caso de *Dillon v. U. S.*⁵²⁵, un tribunal determinó que un vendedor cuya obligación de entregar una determinada cantidad de heno se había tornado “impracticable” como consecuencia de una dura sequía debía abonar al comprador los costes de transporte en que había incurrido al comprar el heno a otro proveedor (en la medida en que este coste de transporte suponía un incremento del precio a satisfacer). Se observa que existe plena indemnidad en este caso: el vendedor no debe cumplir su obligación de entrega del heno (de la cual el tribunal le excusa) pero debe abonar al acreedor los costes en los que este ha debido incurrir debido a la falta de cumplimiento. En el derecho inglés, atendiendo a lo dispuesto en la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, la indemnización del *reliance loss* parece permitirse solo de manera indirecta: podrá compensarse de las cantidades a restituir o del beneficio a indemnizar a la contraparte (V. arts. 1.2 y 1.3 de la norma)⁵²⁶.

restitución de las letras debido al condicionamiento expreso que existía en el contrato entre la entrega de esas letras de cambio y el otorgamiento de la respectiva licencia.

⁵²⁴ Esta es la opinión de GERGEN, M.P.: “A Defense of Judicial...”, p. 46.

⁵²⁵ [140 Ct.Cl. 508, 156 F. Supp. 719 (1957)].

⁵²⁶ Como expone TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, p. 615) con mucha claridad: “Under the 1943 Act, the fact that a party has incurred expenses is, in general, relevant only in that it can lead to a reduction of the restitution claims which are available against that party in respect of money paid to, or a valuable benefit obtained by, him before the time of discharge”.

Parte de la doctrina considera, sin embargo, que en supuestos de *impracticability* solo debe permitirse la excusa del cumplimiento en la medida en la que el deudor indemnice al acreedor aquellos daños y perjuicios generados ante la falta de cumplimiento (interés contractual positivo). Como es obvio, esto supone una negación (parcial o “a medias”) de la *impracticability* en la medida en la que solo permitiría excusar el cumplimiento *in natura* pero no el cumplimiento por equivalente a través de la indemnización de los daños y perjuicios⁵²⁷.

Como ya hemos adelantado, el deudor debe indemnizar aquellos daños derivados de las legítimas expectativas que el acreedor tenía en el cumplimiento, sin que estos daños puedan corresponderse nunca con el interés contractual positivo⁵²⁸. Estas legítimas expectativas deben ser consideradas con independencia del factor que ha causado la *impracticability* o la *frustration*. Nótese que es perfectamente posible (es probable de hecho) que, en supuestos de *impracticability*, la extrema dificultad del deudor para cumplir el contrato suponga, como contrapartida, el nacimiento de nuevas expectativas del acreedor en el cumplimiento (por ejemplo porque el valor de la prestación supera el precio fijado en el contrato). Estas expectativas, lógicamente, al venir provocadas por la misma causa que ha provocado la *impracticability*, no son indemnizables al escapar de la idea de neutralidad que debe gobernar los remedios a proporcionar en los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias.

⁵²⁷ SYKES, A.O. (“The Doctrine of...”, p. 50) ejemplifica y defiende esta posición a través de un análisis económico. Aun así, este autor defiende que la anterior regla debería ser matizada (*Ibidem*, pp. 64 y 65) en aquellos supuestos en que el acreedor no haya visto mitigados sus daños. El ejemplo que pone este autor es el de un acreedor que podía haber conseguido el producto que el deudor debía suministrarle a un coste menor del coste que para el propio acreedor tiene el incumplimiento (lógicamente, el autor se refiere a un supuesto en el que la *impracticability* es específica del deudor). También aboga por la posibilidad de ajustar el precio del contrato como modo de compensar al deudor por la falta de cumplimiento de la prestación “impracticable”. Según este autor (*Ibidem*, p. 76), la regla de la “excusa” del cumplimiento acompañada de la obligación de indemnizar el interés contractual positivo provoca certidumbre en comparación con la actual regulación de la *impracticability* contenida tanto en el *Restatement* como en el UCC.

⁵²⁸ Recuérdese que el art. 272 del *Restatement* dispone que los tribunales deben velar por la solución más justa, incluyendo entre esas soluciones posibles la protección de la confianza de las partes.

De esta misma opinión son FULLER, L.L. y PERDUE, W. R.: “The Reliance Interest in contract Damages”. *Yale Law Review*: vol. 46, 1936, pp. 75 a 80.

Esta opción parece vedada en el derecho inglés. En este ordenamiento sigue plenamente vigente la máxima “Courts do not make contracts for the parties”. (Cfr. TREITEL, G.H.: *The Law of...*, p. 869).

En el marco del derecho inglés, esta cuestión está regulada por la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943. Ante la frustración del contrato y en aplicación del art. 1.2 de esta norma, las cantidades de dinero pagadas o exigibles con anterioridad a la frustración deben ser restituidas⁵²⁹ salvo que las partes hayan pactado lo contrario, se trate de alguna de los contratos exceptuados en virtud del art. 2.5, o se demuestre que la parte ante la que se alega la frustración del contrato (parte que lógicamente también es la que ha recibido el pago) haya incurrido en gastos (en la preparación de la ejecución de las prestación) cuyo resarcimiento podría esperar⁵³⁰. Si el pago era exigible con anterioridad a la frustración del contrato pero no había sido abonado, el acreedor también puede reclamar los gastos incurridos en la preparación de su prestación, con el límite de la cuantía máxima que ya se había devengado a su favor. Adviértase que, según esta norma, los gastos del acreedor en la preparación de su prestación solo son indemnizables en la medida en que puedan retenerse (de) o compensarse (con) el pago realizado o exigible del deudor de la prestación frustrada⁵³¹.

Además, como regla de cierre, se establece que si alguna de las partes obtuvo algún beneficio del contrato con anterioridad a que este se frustrara⁵³², esta parte tendrá

⁵²⁹ La novedad de la normativa con respecto a FIBROSA reside en la inexigencia de que exista una total *failure of consideration* para poder exigir la restitución de las prestaciones. (Cfr. DIAMOND, A.L. ET ALLI: *Sutton and Shannon...*, p. 378).

⁵³⁰ Como pone de manifiesto TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, p. 607), el art. 1.2, según su tenor literal, solo parece aplicable a las prestaciones dinerarias. Como dispone el mismo autor, ello seguramente obedece a un error de imprevisión por parte del legislador.

⁵³¹ Cfr. MCKENDRICK, E.G.: “The Consequences of...”, p. 62.

Señala CARTER, J. (“Termination by Frustration...”, p. 1398) que no podrán compensarse los gastos (i) cuando en el contrato no se haya establecido pago anticipado alguno; (ii) cuando el pago anticipado no fuera exigible al tiempo de la frustración o (iii) cuando la prestación frustrada no sea monetaria.

A este respecto señalan ELLIOT, C. y QUINN, F. (*Contract Law...*, p. 227) que en la norma no se prevé la posibilidad de recuperar los gastos incurridos en el caso de que haya habido un pago por adelantado. La comisión encargada de la revisión de la norma consideró que si las partes no preveían pagos anticipados era porque asumían la posibilidad de soportar los gastos incurridos en la preparación de su propia prestación en supuestos de *frustration*.

⁵³² El hecho de que la norma se refiera al beneficio obtenido con anterioridad a la frustración (“*before the time of disacre*”) lleva a que parte de la doctrina considere que es indemnizable el mero trabajo realizado por el deudor aunque no haya resultado en un beneficio real para el acreedor de la prestación frustrada (V. DIAMOND, A.L. ET ALLI: *Sutton and Shannon...*, p. 380 y FURMSTON, M.P. (*Cheshire, Fifoot and...*, p. 744).

También podría alcanzarse esta conclusión atendiendo al hecho de que en el apartado 1.3 se establece que el juez debe tener en consideración todas las circunstancias del caso a la hora de decidir el

derecho que se le abone el valor de este beneficio teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, los gastos en los que ha incurrido la parte beneficiada así como el efecto de la frustración sobre el beneficio obtenido⁵³³. Según el art. 1.6 de la norma, el beneficio reclamable puede haber sido atribuido a la contraparte en el contrato o a un tercero si así se contempló contractualmente. Sea como fuere, la indemnización del beneficio siempre corre a cargo de la contraparte pues solo esta asumió obligaciones contractuales.

Por último, no puede dejar de señalarse que, toda vez que la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias tienen (o deberían tener) como principal objetivo perseguir un resultado neutro para las partes, de ningún modo puede permitirse que una parte alegue la frustración del contrato con el fin de obtener un beneficio injustificado⁵³⁴. Ese supuesto se producirá siempre que la frustración (o la *impracticability*) del contrato provoque que el deudor obtenga una

otorgamiento de una cantidad justa o apropiada (“*justa sum*”), lo que parece permitir una interpretación extensiva del término beneficio. Aunque el beneficio no llegue a materializarse debido a la frustración, para su resarcimiento, este debe existir y tener algún valor antes de la materialización de la *frustration* (Cfr. TREITEL, G.H. (*An Outline of...*, p. 349).

⁵³³ Adviértase como la referencia contenida en el art. 1.3 de la *Law Reform (Frustration Act)* a la posible incidencia de la frustración del contrato sobre el beneficio obtenido podría indicar que la medida del beneficio debe realizarse en el momento previo a la frustración.

Dado que en el apartado 1.3 de la norma se establece que solo puede reclamarse la cantidad justa o apropiada del beneficio (“*justa sum*”), parte de la doctrina considera que esa suma no puede ser superior en ningún caso al valor del servicio prestado, aunque ese servicio resulte en un beneficio mayor (Cfr. MCKENDRICK, E.G.: “The Consequents of...”, p. 65).

⁵³⁴ Al respecto, señala TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 551 a 555) que en numerosos supuestos relacionados con la detención gubernamental de barcos de transporte en los que se ofrecía al transportista una compensación siempre y cuando se frustrara (en sentido comercial) la operación que estuvieran llevando a cabo, el transportista normalmente optaba por alegar la frustración del contrato a pesar de que la contraparte estuviera dispuesta u obligada al pago del servicio. Ello se debía, lógicamente, a que la compensación era mayor. Nótese que si el transportista no alegaba la *frustration*, debería estar obligado a la indemnización de daños y perjuicios ante el incumplimiento de la prestación *in natura* a cambio del precio pactado. Expone este autor también que, a diferencia de los tribunales estadounidenses, los ingleses no pueden rechazar una alegación de *frustration* para impedir un beneficio injustificado toda vez que esta doctrina opera automáticamente una vez se cumplen los requisitos. Por eso este autor aboga porque la *frustration* en el derecho inglés no opere automáticamente sino por que deba ser alegada por la parte perjudicada.

Por otro lado, expone MCKENDRICK, E. G. (“*Frustration and Force...*”, p. 39) que el hecho de que la *frustration* opere automáticamente implica que las partes no tengan ningún incentivo para la negociación.

En este sentido, expone HALSON, R. (*Contract Law...*, pp. 385 y 386) que cualquier acuerdo al que lleguen las partes una vez frustrado el contrato, será un nuevo contrato; independiente.

indemnización de un tercero (imagínese la expropiación de un determinado bien o la obtención de una indemnización por parte de una aseguradora ante la destrucción de ese bien, etc.). En ese caso existen dos opciones para que el deudor no se vea enriquecido indebidamente, siendo el acreedor el que enteramente soporta la pérdida: o bien aplicar un principio de subrogación real, según el cual el acreedor tenga derecho a ese beneficio (en ese caso, lógicamente, no podría aplicarse la doctrina de la *frustration*) o bien que el deudor pueda acogerse a la doctrina de la *frustration* sin que, en ese caso, pueda obtener la indemnización del tercero causante del daño⁵³⁵. Si se opta por esa última opción adviértase, sin embargo, que un daño generado por un tercero está siendo soportado por las partes del contrato (que no tienen derecho a la prestación comprometida ni a los daños y perjuicios). Ello sin duda resulta antieconómico, por lo que lo ideal parece optar por un principio de subrogación real como el dispuesto en el art. 1189 CC o en el art. 281 BGB que no solo se aplique en casos de absoluta imposibilidad de la prestación⁵³⁶. Lógicamente, la aplicación de ese principio, toda vez que permite al acreedor de la prestación frustrada subrogarse en la posición del deudor para obtener la indemnización a la que este tiene derecho, le obliga también a cumplir con su propia prestación⁵³⁷.

⁵³⁵ Esta es la opinión de TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, pp. 564 a 568), quien a su vez reconoce (*Ibidem*, pp. 567 a 569) que el principio no está reconocido con carácter general en el *common law*.

Así, por ejemplo, en el ya citado caso de *Asfalto International v. Enterprise Shopping Corp SA.*, el tribunal no tuvo en consideración el seguro que el dueño de un barco tenía contratado por destrucción o daños a la hora de valorar el coste de reparación que podría dar lugar a la aplicación de la doctrina de la *impracticability*. Ese elemento, según el tribunal, no debía ser valorado toda vez que nada tenía que ver con la relación contractual. Por otro lado, en derecho inglés, a través de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, se rechaza que se tengan en cuenta las cantidades recibidas en virtud de pólizas de seguros (a la hora de redistribuir los pagos realizados en el momento en que se frustra el contrato) salvo que el seguro fuera obligatorio en virtud del contrato o por ley (V. apartado 1.5). El único modo en el *common law* de rechazar un posible beneficio injustificado es, por lo tanto, rechazar la aplicación de la doctrina o adaptar el contrato (esta última opción solo disponible en derecho estadounidense).

⁵³⁶ La aplicación de este principio exige, por supuesto, identidad entre concepto indemnizatorio y prestación excusada.

No podría (o debería) recibir un arrendatario una indemnización ante la destrucción de la cosa arrendada toda vez que la indemnización se equipara a un derecho de propiedad y la prestación se circunscribe a un derecho de uso (Cfr. TREITEL, G.H.: *Frustration and Force...*, pp. 565 a 567).

⁵³⁷ Así se deriva del art. 281 BGB. No tan claramente, sin embargo, del art. 1186 CC.

➤ *Adaptación del contrato y reparto de pérdidas y ganancias*

Dispone el segundo párrafo del art. 272 *del Restatement* que, en el supuesto en que la aplicación de las reglas del capítulo relativo a la *impracticability* y la *frustration* junto a las reglas del capítulo 16 (“*Remedies*”) no evite la injusticia, los tribunales deben encargarse de proporcionar una solución justa al problema de la alteración sobrevenida. Evidentemente, la pregunta que surge ante esta afirmación es la siguiente: ¿podría consistir esta solución justa en la adaptación del contrato?⁵³⁸

Para los comentaristas oficiales del *Restatement*, la respuesta es afirmativa: “*The rule stated in Subsection (2) makes it clear that it can do so by supplying a term which is reasonable in the circumstances when the rules stated in this Chapter together with those stated in Chapter 16 will not avoid injustice. The rule operates in other situations as well and may, for example, be invoked to require an obligor to prorate among several obligees that part of his performance that remains practicable*”⁵³⁹.

Para la doctrina que defiende la adaptación del contrato, los tribunales, ante el cambio de circunstancias, deberían tener en consideración tanto las prestaciones ya cumplidas como aquellas que ya no pueden cumplirse (o que solo podrán ser cumplidas de un modo distinto a lo dispuesto inicialmente en el contrato) y adaptarlas del modo que se considere más justo⁵⁴⁰. Para estos autores, el objetivo prioritario del tribunal, tal y como

⁵³⁸ En derecho inglés, la adaptación del contrato parece totalmente vedada a los tribunales. Lo único que está permitido, y así se deriva de la *Law Reform (Frustration Contracts) Act*, es la intervención de los tribunales para ordenar la devolución o retención de las prestaciones en función de cuál sea la posición de las partes y los beneficios obtenidos por cada una de ellas una vez operada la *frustration*. Los tribunales no adaptan contratos ni los rectifican. Los tribunales ingleses solo rectifican errores materiales contenidos en la documentación contractual. Al respecto V. TREITEL, G.H. (*Frustration and Force...*, p. 581): “In English Law, the remedy of “rectification” is governed by the principle that “Courts...do not rectify contracts; they may and do rectify documents”.

⁵³⁹ Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the...*, p. 357.

⁵⁴⁰ Cfr. LORD, R.A.: *Williston on Contracts...*, pp. 667 y 668.

Los autores que sustentan la adaptación, lógicamente, solo contemplan la excusa del cumplimiento como la última opción.

No puede confundirse la adaptación del contrato con lo que en derecho inglés se conoce como “Construction of the contract”. Esta última doctrina se basa en el intento del juez de interpretar el contrato para intentar averiguar qué hubieran querido las partes en el supuesto de que hubieran previsto la frustración. Se trata, en este último caso, de interpretar el contrato. Si esta interpretación no es posible o da

se establece en el art. 272 *del Restatement*, debe ser el de evitar la injusticia⁵⁴¹ incluso si ello implica que el tribunal redacte cláusulas contractuales sin el consentimiento de las partes⁵⁴². Se aduce que, la otra opción, esto es, la excusa del cumplimiento sin más y la restitución de prestaciones es una buena solución teórica pero de muy difícil aplicación⁵⁴³. Lo que ninguno de los autores a favor de la adaptación establece son las guías o límites del tribunal para redactar, de nuevo y sin el consentimiento de las partes, las cláusulas del contrato⁵⁴⁴. En efecto, no son capaces de justificar adecuadamente de dónde emanan los poderes del tribunal para adaptar el contrato, ni mucho menos aún establecen por qué debe restringirse la libertad de las partes para no quedar obligadas sin haber prestado su consentimiento⁵⁴⁵.

lugar a una obligación totalmente distinta a la pactada inicialmente, el juez no podrá adaptar el contrato a su antojo (Cfr. McKENDRICK, E.G.: “Discharge by Frustration...”, pp. 1319 y 1320).

⁵⁴¹ Quizás las referencias contenidas en el *Restatement* al elemento de la justicia no tienen por qué ceñirse a la hipotética capacidad del tribunal para adaptar el contrato. Bien podrían atemperarse los poderes del tribunal y su obligación de proporcionar justicia con la necesidad de conseguir un resultado neutro para las partes sin necesidad de mantener ni adaptar el contrato. Muy significativa al respecto resulta la opinión de CORBIN, A.L. (“Frustration of Contract...”, p. 8), quien admite que el tribunal debe tener amplios poderes pero al mismo tiempo que la solución debe pasar por la restitución y no por la ejecutoriedad del contrato.

En relación con el derecho inglés, expone McKENDRICK, E.G. (“Discharge by Frustration...”, p. 1315 y 1320) que ninguna norma otorga poderes discrecionales al juez que le permita imponer lo que considere justo y razonable. Así lo consideró también *The House of Lords* en la decisión del caso *British Movietonews Ltd v. London and District Cinemas Ltd.* (1951 1 K.B. 190, 202).

⁵⁴² Cfr. POSNER, R.A.: “The Law and...”, pp. 6 y 7. Expone este autor (*Ibidem*, pp. 8 y 9) que en el derecho europeo continental (cita el caso de Alemania) esta función de los jueces la cumplen las normas dispositivas del Código Civil. Para POSNER, en cualquier caso, la función del juez de adaptar el contrato solo tiene sentido en aquellos supuestos en que no pueda establecerse qué parte estaba en mejor posición para asegurar el riesgo acontecido (*Ibidem*, p. 31).

⁵⁴³ Cfr. PERILLO, J.M.: *Calamari and Perillo...*, pp. 556 y 557.

⁵⁴⁴ La vaguedad de los términos con los que la doctrina suele referirse a las guías o líneas maestras que deben seguir los tribunales a la hora de adaptar el contrato y repartir las pérdidas es reconocida incluso por sus defensores (Cfr. WALT, S.: “Expectations, Loss Distribution...”, p. 76).

Se aduce también que el contrato debe adaptarse o armonizarse con el objeto de que las cosas sigan como hasta ahora. Así se expresa el creador y mayor defensor de la teoría del *Relational Interest* (V. MACNEIL, I. A.: “Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”. *Northeastern University Law Review*: 72, 1978, pp. 854 a 905)

⁵⁴⁵ Establece SPEIDEL, R. E. (“The New Spirit...”, 193 a 209) que las partes sí deben soportar la adaptación llevada a cabo por el juez cuando este deber derive del más genérico deber de buena fe contractual, implícito en todo contrato.

En nuestra opinión, sin embargo, dicha intervención, incluso cuando la excusa y la correspondiente restitución de prestaciones no cause una neutralidad económica total, no puede suponer la adaptación del contrato para las partes pues ello siempre supondrá la total ruptura del principio, también clásico en el derecho anglosajón, de que nadie debe quedar obligado sin prestar su consentimiento. Además, la

De hecho, según algunos autores críticos con la solución consistente en la adaptación del contrato, las nuevas obligaciones impuestas por el tribunal carecen del elemento de la *consideration* y, por ese motivo, no resultan obligatorias⁵⁴⁶. Para contrarrestar este argumento, se alega sin más que el deber de las partes de soportar la adaptación del contrato deriva de los requerimientos de la buena fe⁵⁴⁷ o incluso que, en determinados supuestos, ante la solicitud del acreedor para que el deudor cumpla el contrato (“*specific performance*”), el derecho autoriza a los tribunales a modificar el contrato sin necesidad de buscar el fundamento de esta modificación en la voluntad de las partes o en los deberes objetivos de buena fe⁵⁴⁸. El objetivo es proporcionar un resultado justo en función de lo que el tribunal considere que una persona razonable hubiera pactado en una situación semejante⁵⁴⁹.

Por otro lado, doctrina muy autorizada ha puesto de manifiesto —con acierto a nuestro juicio— que ningún principio de justicia o equidad justifica la adaptación del contrato o el reparto equitativo de las pérdidas producidas ante la alteración sobrevenida. El principio de justicia quizás justifique la adaptación o reparto en sí, pero ello no conlleva que no deba apostarse (y buscarse) por algún principio de carácter normativo en el que deba apoyarse el tribunal para repartir la pérdida o adaptar el contrato⁵⁵⁰. Tan (in)justo

neutralidad que debe exigirse en la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias no es económica sino contractual: cada parte debe quedar liberada de sus obligaciones y no enriquecerse injustificadamente. A partir de ahí, que la excusa del cumplimiento y la restitución de las prestaciones beneficie más a una parte que a la otra en términos económicos o de negocio no es cuestión a abordar por el Derecho.

⁵⁴⁶ Así, afirman WHINCUP, M. ET ALLI (*Contract Law and...*, p. 79) que, ante el cambio de circunstancias, ninguna de las partes está obligada a hacer un esfuerzo adicional al comprometido. Ese esfuerzo adicional carecería del elemento de la *consideration*.

⁵⁴⁷ Cfr. LAWRENCE, L.: *Lawrence's Anderson on...*, p. 855.

⁵⁴⁸ Cfr. SCHWARTZ, A. y SCOTT, R.E. (*Commercial Transactions: Principles...*, pp. 424 y 425): “Under the general contract law of specific performance, a court may sometimes use its discretion to condition a specific performance, a court may sometimes use its discretion to condition a specific performance decree on the parties’ modifying the contract”.

⁵⁴⁹ En palabras de WHITE, J.J. y SUMMERS, R. S. (*Uniform Commercial Code...*, pp. 146): “Here the court is not called upon to interpret the contract; its job is to direct a just and reasonable persons have further agreed if they had contemplated this contingency?”.

⁵⁵⁰ Para HARRISON, J.L. (“A Case for ...”, pp. 573 a 601), este fundamento se encuentra en el entendimiento del contrato como una empresa común de las partes; una comunidad de intereses en la que debe considerarse que la inversión de las partes era en beneficio de ambas. Sin embargo, este autor circunscribe el reparto de pérdidas entre las partes a lo que él denomina “essential reliance”; concepto que se identifica con aquellos gastos necesarios para el cumplimiento del contrato.

puede resultar asignar las pérdidas derivadas del cambio de circunstancias a una de las partes del contrato como a la otra. Por ello, para esta misma doctrina, el criterio para el reparto del riesgo (y de las pérdidas) derivado de la alteración sobrevenida de circunstancias debe ser la *foreseeability*.

El elemento de la *foreseeability* serviría aquí (recordemos que ahora este elemento está siendo utilizado para determinar cómo debe ser adaptado el contrato y distribuidas las pérdidas si se optara por esta solución y no por la excusa del cumplimiento y la restitución de prestaciones) para medir el coste que para cada una de las partes hubiera tenido la distribución contractual del riesgo finalmente acontecido. Si un determinado riesgo no ha sido asumido y ese riesgo finalmente acontece, debe determinarse de qué forma la previsión de ese riesgo (y su distribución) hubiera afectado a la configuración de las contraprestaciones para así trasladar esa configuración a la adaptación del contrato o al reparto de las pérdidas. Debe valorarse cuál es el “precio” o valor al que el deudor hubiera estado dispuesto a cumplir el contrato asumiendo el riesgo del cambio de circunstancias y las expectativas indemnizatorias del vendedor ante el incumplimiento. Esta doctrina que acabamos de exponer se presenta como una alternativa a la del *risk superior bearer* tanto en la determinación de la existencia de la *impracticability* o de la *frustration* como en el modo de repartir las pérdidas derivadas del cambio de circunstancias⁵⁵¹.

Una de las principales razones que se aduce para otorgar poderes al juez para adaptar el contrato es que las partes siempre pueden ponerse de acuerdo. Si no hay acuerdo, continúa el argumento, las partes están aceptando que sea el juez el que proporcione la cláusula necesaria para que el contrato siga vigente sin causar grandes injusticias. De hecho, parte de la doctrina considera que, antes de adaptar el contrato o de repartir las pérdidas o ganancias resultantes de la alteración sobrevenida, el juez debería obligar a las partes a renegociar un ajuste del contrato y solo en caso de que las partes no

⁵⁵¹ Esta vertiente doctrinal, denominada “The compensation-expectation principle”, es recogida y defendida con ahínco por WALT, S. (“Expectations, Loss Distribution...”, p. 77 a 109): “The compensation-expectation principle appeals to facts pertinent to the terms of the bargain. In particular, appeal is made to the set of foreseeable risks present to a party at the time the contract was executed and the compensation was received to bear those risks. Hence, the proposed principle is bargain-specific. Contractual loss is distributed by reference to those facts. It is because a party was compensated to bear a set of foreseeable risks ex ante that ex post imposition loss upon the party is justified. The amount of relief a court grants is justified by the time when relief is granted”.

llegaran a un acuerdo, el tribunal debería adaptar el contrato equitativamente y teniendo en consideración si alguna de las partes rompió la negociación de mala fe⁵⁵². La adaptación del contrato y el reparto de las pérdidas derivadas de la alteración sobrevenida de las circunstancias se justifica también sobre la base de que las pérdidas, al haberse generado a partir de circunstancias imprevisibles, no deben ser soportadas por ninguna de las partes, o lo que es lo mismo, deben ser soportadas por ambas⁵⁵³. Para algunos autores, las pérdidas resultantes del riesgo acontecido deberían repartirse a partes iguales⁵⁵⁴. Para otros, en cambio, ese reparto no debe ser simplemente del 50% para cada una de las partes implicadas⁵⁵⁵. En cualquier caso, en lo que sí están de acuerdo todos estos autores es que en el reparto de las pérdidas y ganancias debe comprobarse de nuevo cómo fueron asignados los riesgos en el momento de contratar⁵⁵⁶. En particular, debe atenderse a la naturaleza del riesgo, a la capacidad de cada una de las partes para controlar dicho riesgo y a las consecuencias que la concreta distribución de las pérdidas pueda tener para terceros⁵⁵⁷.

Sea como sea, y como ya ha quedado reflejado, lo cierto es que algunos tribunales estadounidenses así como gran parte de la doctrina parece haberse decantado por la adaptación del contrato y reparto (más o menos equitativo) de las pérdidas en supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias. Tanto es así que algún autor en la doctrina estadounidense ha comparado la situación actual en aquel país con la vivida en Alemania al final de la II Guerra Mundial, en el que la incapacidad de la ley para resolver los

⁵⁵² En contra de esta postura, MURPHY, E.J. y SPEIDEL R.E.: *Studies in Contract...*, p. 983. En la jurisprudencia también hay casos en los que se niega que las partes tengan deber alguno de renegociar el contrato ante cualquier circunstancia. V. el ya citado caso de *Louisiana Power & Light Co. v. Allegheny Ludlum Industries, Inc.*

⁵⁵³ Este es el argumento que parece deducirse de las palabras de KESSLER, F y GILMORE, G.: *Contracts: Cases and...*, pp. 743 y 744.

⁵⁵⁴ V., por ejemplo, SHARP, M.: "Promissory Liability II". *University of Chicago Law Review*: vol. 7, 1951, pp. 250 a 269.

⁵⁵⁵ Exponen SCOTT, R.E. y KRAUSS, J.S. (*Contract Law and...*, p. 85) que resulta preferible una regla que asigne todo el riesgo a una de las partes que la regla que lo asigna por mitad a cada una de ellas.

⁵⁵⁶ En este sentido, POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M. ("Impossibility and Related...", p. 114).

⁵⁵⁷ En particular, se aduce (TRAKMAN, L.E.: "Winner take some...", pp. 471 a 539) que el criterio basado en la excusa total y la terminación del contrato perjudica a proveedores, trabajadores, subcontratados, agentes, etc.

distintos supuestos relacionados con la alteración sobrevenida de las circunstancias hizo que los tribunales adaptaran los términos y cláusulas de los contratos sobre la base de la equidad, creando así una gran inseguridad jurídica⁵⁵⁸.

4.7 Breve recapitulación: justificación del estudio realizado por su importancia metodológica y conceptual. Introducción a los siguientes apartados de este trabajo

Podría justificarse el estudio del derecho estadounidense (e inglés) apuntando simplemente a la importancia de ese país y, por ende, de su cultura (y derecho) en la sociedad occidental. Esa justificación, no obstante, no sería más que un tópico que no podría justificar un estudio como el realizado, en el no solo se ha comparado sino que también se ha intentado analizar en profundidad, y en sí mismo considerado, el derecho estadounidense (e inglés, en la medida en que resultaba necesario para comprender el derecho estadounidense).

La justificación del estudio realizado se encuentra en el reconocimiento que en ese ordenamiento se efectúa de la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Pero por encima de esa justificación se encuentra la metodología que tanto la doctrina como los tribunales anglosajones utilizan en la resolución de los problemas jurídicos. Lo fundamental en la aplicación del derecho estadounidense (así lo explicitan los tribunales sin tapujos) es la resolución del problema con independencia de su configuración abstracta. No se busca un derecho técnicamente perfecto (se huye de él, precisamente); pues lo que se pretende es resolver el problema a toda costa y con independencia de que por el camino se pongan en entredicho algunos esquemas conceptuales. El punto de contrapeso es que esta metodología hace muy complejo que se puedan ordenar los conceptos e incluso extraer principios. A pesar de esa complejidad, hemos intentado llevar a cabo un estudio del derecho estadounidense utilizando una metodología basada en principios y fundamentos abstractos sin olvidar, por supuesto, que lo que el Derecho debe conseguir siempre son soluciones satisfactorias y eficientes a los problemas.

⁵⁵⁸ Cfr. DAWSON, J. P.: “Judicial revision of...”, pp. 1 a 16 de 25

En el estudio del derecho estadounidense se ha intentado así aplicar una metodología conceptual en un ordenamiento de tintes ciertamente realistas. Con ello se ha pretendido no renunciar al entendimiento y abstracción de la alteración sobrevenida de las circunstancias al tiempo que se extraían los problemas concretos que la aplicación de las doctrinas relacionadas provoca. Estos problemas son, en definitiva, los que también deben ser analizados en el marco del ordenamiento jurídico español. A saber:

¿Debe reconocerse solo la excesiva onerosidad o dificultad económica en el cumplimiento (*impracticability*) o también debe reconocerse la frustración del propósito de las partes (o parte)?

En el caso de la onerosidad o dificultad económica sobrevenida en el cumplimiento, ¿cómo debe ser y medirse esa dificultad?; ¿debe utilizarse un método cuantitativo en ese análisis?; ¿debe ser cualitativo este análisis?; ¿es posible aplicar un análisis que combine un método cualitativo con uno cuantitativo?

En el supuesto de la frustración del propósito contractual, ¿cómo debe ser ese propósito?; ¿debe ser común?; ¿individual?; ¿asimilable a la causa?

¿Es el fundamento a la alteración sobrevenida subjetivo u objetivo?

¿Cuál es la relación que existe entre el consentimiento y el fundamento de la figura, tanto si este es subjetivo como si es objetivo?; ¿y con el elemento de la causa?

¿Cuál es el papel del elemento de la previsibilidad a la hora de fundamentar la aplicación de las doctrinas?

¿Cuáles son las consecuencias derivadas de la aplicación de las doctrinas?; ¿debe excusarse el cumplimiento o adaptarse el contrato?; ¿tiene el elemento de la causa algún papel en la decisión y solución a adoptar ante la alteración sobrevenida de las circunstancias?

¿Podría reservarse la adaptación del contrato para algunos supuestos muy concretos en los que el contrato pudiera seguir siendo reconocible, por ejemplo, a través de la modificación del cambio del modo de cumplimiento?

¿Puede basarse la adaptación del contrato en el consentimiento contractual?; ¿y en el principio de buena fe contractual?; ¿en ambos?

¿Puede obligarse a las partes a renegociar el contrato?

En el caso de que se opte por la excusa del cumplimiento, ¿deben restituirse las prestaciones?; ¿debe indemnizarse algún tipo de daño?; ¿cuál es el fundamento a estas posibles soluciones: la resolución, el incumplimiento contractual, etc.?

En los siguientes apartados de este trabajo intentaremos dar respuesta a las anteriores preguntas tomando como pilar básico el ordenamiento jurídico español, aunque sin renunciar, claro está, al análisis del derecho comparado. Antes es preciso que repasemos, con carácter general, el estado actual en nuestro derecho de la doctrina y jurisprudencia relacionada con la alteración sobrevenida de las circunstancias.

5. ESTADO DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA: ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS UTILIZADAS PARA EXPLICAR Y SOLUCIONAR EL PROBLEMA.

Es común en la doctrina abordar la temática relacionada con la alteración sobrevenida de las circunstancias en función de las teorías que hasta el momento se han esgrimido para explicar, justificar o solucionar el problema. Es común, a su vez, dividir estas teorías entre subjetivas y objetivas en función de si se basan en el consentimiento de las partes (o su ausencia) o bien en un elemento objetivo e independiente a ese consentimiento⁵⁵⁹.

Entre las teorías subjetivas se sitúan las ya citadas teoría de la presuposición y de la imprevisión, así como la teoría que considera el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias como un error vicio del consentimiento. Por otro lado, entre las teorías objetivas, la principal es la teoría de la ruptura del equilibrio contractual o de la excesiva onerosidad sobrevenida pero también deben mencionarse y analizarse otras teorías que buscan la clave del problema de la alteración sobrevenida en algún elemento o doctrina de carácter objetivo.

Como teorías mixtas o eclécticas deben citarse la teoría de la base del negocio que, como se verá, posee una vertiente subjetiva y otra objetiva y, como no, la doctrina *rebus sic stantibus* que, como ya vimos, si bien tiene un origen subjetivo, en la actualidad, a través de su aplicación jurisprudencial, se ha objetivizado.

A continuación, en el desarrollo y análisis de las teorías, intentaremos seguir un orden en función de si la doctrina en cuestión es subjetiva u objetiva, sin que por ello renunciemos (lo que sería sumamente incoherente) a una de las principales conclusiones alcanzadas en este trabajo hasta el momento, esto es, que la perspectiva con la que se aborda el problema no debe ser únicamente subjetiva u objetiva, cuantitativa o cualitativa, sino plural o integradora.

⁵⁵⁹ V., entre otros, a CASTILLA BAREA, M.: *La imposibilidad de...*, pp. 227 a 248.

5.1 Teoría de la presuposición

Como ya expusimos anteriormente (V. apartado 2.3.1), la teoría de la presuposición se fundamenta en el elemento del consentimiento contractual como eje y origen de todo contrato⁵⁶⁰. Esta teoría pretende ser sumamente respetuosa con la voluntad contractual (*pacta sunt servanda*). De hecho, la voluntad real de las partes es tan importante que la desaparición o inexistencia de los presupuestos que las partes tuvieron en consideración en el momento de contratar, aunque no se hayan impuesto como condición expresa, puede provocar la ineficacia del contrato. Este respeto a la voluntad contractual es, sin embargo, artificial. Prácticamente no existen requisitos para calificar a un determinado elemento como presuposición —esta puede ser fáctica o jurídica, positiva o negativa, presente, pasada o futura, tácita o expresa—. Lo relevante es que sea reconocible para la parte frente a la que se opone (aunque algunos autores exigen que la presuposición sea el motivo común del contrato⁵⁶¹). La teoría de la presuposición es un castillo en el aire tan técnicamente perfecto como frágil.

Quizás sí sea cierto, en muchos casos, que la alteración sobrevenida de las circunstancias se pueda explicar sobre la base de un presupuesto que las partes (una o ambas) tuvieron en consideración en el momento de contratar y que, sin embargo, a posteriori, sobrevenidamente o no, se demostró falso. La existencia de ese presupuesto y

⁵⁶⁰ Como se puede comprobar en OERTMANN, P. (*Introducción al Derecho Civil*. Traducido por Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933, pp. 304 y 305), esta teoría es el origen de la más moderna doctrina de la base del negocio.

⁵⁶¹ Cfr. PIETROBON, V.: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducido por Mariano Alonso Pérez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971, pp. 731 a 733. Debe tratarse, según este autor (*Ibidem*, p. 742) de un error sobre el conflicto de intereses: “El fundamento de la acción puede deducirse, en líneas generales, recordando que las alteraciones subjetivas no deben valorarse únicamente con relación a su esencia psicológica, sino a la función del contrato. En el supuesto dado, cuando, por ejemplo, la noticia de que el cortejo va a pasar por la calle situada debajo de la ventana arrendada es falsa, podrá hablarse de error sobre el conflicto de intereses, es decir, estaremos en presencia de aquel tipo de error que a tenor de lo establecido en el art. 1429, n.1, segunda parte, recae sobre el objeto del contrato”.

Expone, además, este autor (*Ibidem*, p. 743) que si el error sobre el conflicto de intereses no es sobrevenido, sino inicial, entonces el contrato debe anularse “ya que las partes lo han concluido para regular un conflicto que no existe, es decir, un conflicto simplemente putativo de intereses”.

Para este autor (*Ibidem*, pp. 752 y 753) cuando la falsa representación es determinante para una sola de las partes, no se tratará de un error común sino, en todo caso, de un error bilateral que solo anulará el contrato en la medida en que se cumplan todos los requisitos exigibles a la figura del error como vicio del consentimiento, incluyendo (aunque no únicamente) el elemento de la reconocibilidad.

su desaparición, sin embargo, no implica que el contrato deba necesariamente devenir ineficaz. Para ello, la teoría de la presuposición debería proporcionar una explicación satisfactoria sobre el motivo por el que la presuposición es un elemento estructural del contrato que deba incidir en el régimen de cumplimiento o incumplimiento contractual⁵⁶².

A pesar de que la teoría de la presuposición, en su versión originaria, elaborada por WINDSCHEID, data del siglo XIX, aún a día de hoy es traída a colación a la hora de abordar el problema del cambio de circunstancias. Así ocurre, por ejemplo, en la STS de 17 de mayo de 1986 (RJ 1986/2725). Ese análisis sin embargo no es autónomo. La teoría de la presuposición parece citarse por doctrina y jurisprudencia al tiempo en que se aborda la clásica doctrina *rebus sic stantibus*⁵⁶³. Formalmente se citan como dos doctrinas distintas pero a la hora de la verdad no existe tal diferenciación⁵⁶⁴. Ambas teorías constituyen y se construyen en realidad como una reserva virtual de la voluntad.

En la doctrina italiana se ha pretendido diferenciar, con escaso éxito a nuestro juicio, la presuposición y su incidencia con respecto al error en los motivos sobre la base de que el hecho del que depende la presuposición es objetivo mientras que el error en los motivos (en tanto cuanto son motivos) son siempre de índole subjetiva⁵⁶⁵. Asimismo, se

⁵⁶² Sobre el particular, v. MORALES MORENO, A.M.: “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)”. *ADC*: t. XXXVI-fasc. III, octubre-diciembre, 1983, pp. 1529 a 1546.

⁵⁶³ Ello se observa con claridad en el fundamento de derecho tercero de la recién citada STS de 17 de mayo de 1986: “También ofrece interés para la cuestión debatida recordar el aserto apodíctico de que el contrato es fuente de obligaciones, que han de cumplirse con arreglo a lo convenido (arts. 1.255 y 1.278), siempre con adecuación a las pautas de la buena fe (arts. 7 y 1.258); y si bien por aplicación de una implícita cláusula *rebus sic stantibus* o de la teoría de la presuposición y base del negocio cabe que una profunda alteración de las circunstancias, operante como un aleas anormal, pueda conducir a la resolución del vínculo obligatorio o a su acomodación a los nuevos módulos económicos, por defecto de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones por esa imprevisible mutación fáctica, la jurisprudencia, además de advertir sobre la cautela con que tal posibilidad debe ser acogida (...)”.

Esta falta de distinción de la teoría de la presuposición con respecto a la doctrina de *rebus sic stantibus* demuestra la mescolanza de conceptos en los que incurren los tribunales a la hora de definir y solucionar el problema del cambio de circunstancias.

⁵⁶⁴ En este sentido, BATLLE, M.: “La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos”. *Anales de la Universidad de Murcia*: curso 1944-1945, pp. 385 a 395.

Rechaza ambas teorías o doctrinas FONCILLAS, J.M.: “La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos”. *RCDI*: t. VIII, 1932, pp. 669 a 680.

⁵⁶⁵ En este sentido, apunta MORALES MORENO, A.M. (*El error en los contratos*. Madrid: Ceura, 1988, pp. 201 y 202) que “(l)as presuposiciones incorporan al contrato ciertos motivos de los contratantes que de esta manera adquieren relevancia en la organización contractual de intereses. Así el problema del

ha dicho que los motivos individuales (sin incidencia en el régimen contractual) se refieren a representaciones de la realidad que han provocado en las partes la voluntad de celebrar el negocio, mientras que la presuposición es lo que ha provocado la contraposición de intereses entre las partes⁵⁶⁶. Por último, parte de la doctrina (también italiana) diferencia la presuposición de la institución del error en los motivos sobre la base de que aquella no se basa en una representación errónea sino en la sobreveniencia de un acontecimiento que las partes no previeron⁵⁶⁷. Nótese que si esa es la diferencia que se resalta entre una y otra doctrina, en realidad se está abandonando o renunciando al concepto de presuposición basado en la existencia de un consentimiento contractual (se reconoce, de hecho, que las partes no previeron el posible cambio de circunstancias).

¿Y con qué criterio debe entenderse que un presupuesto o condición tácita⁵⁶⁸ es reconocible por la otra parte?⁵⁶⁹ Ante el silencio de la teoría clásica de la presuposición al respecto, se ha defendido (así por ejemplo, según la teoría de Krückmann⁵⁷⁰) que deben ser otros los criterios para determinar si ha existido una presuposición y si esta es oponible frente a la contraparte. Este criterio, según Krückmann, sería la buena fe en sentido objetivo⁵⁷¹. Pero, ¿cómo influye la buena fe a la hora de determinar que un determinado hecho deja de ser un motivo para convertirse en una presuposición oponible?; ¿basta con

error puede ser objetivizado, en nuestro Derecho, a través del contrato. Deja de ser un problema de defecto o vicio de voluntad, para manifestarse como una alteración en la organización de intereses que realiza cada contrato”.

⁵⁶⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, pp. 31 a 73.

⁵⁶⁷ Así lo expresa GALGANO, F.: *El negocio jurídico*. Traducido por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 505.

La doctrina italiana (V., por ejemplo, CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: “Comentarios a los arts. 1467 a 1469 del Código Civil italiano”, en AA.VV.: *Comentario breve al Codice Civile*. Milán: Cedam, 1997, pp. 1380 a 1383) relaciona la doctrina de la presuposición con la regulación que actualmente se recoge en los arts. 1467 a 1469 del Código Civil italiano sobre la excesiva onerosidad sobrevenida.

⁵⁶⁸ Identifica la presuposición con una condición tácita, JORDANO BAREA, J.: “Causa , motivo y fin del negocio: Comentario a la Sentencia de 30 de junio de 1948”. *ADC*: 1949-I, p. 757.

⁵⁶⁹ Como expone PIETROBON, V. (*El error en...*, p. 729) la reconocibilidad es el criterio que más comúnmente se aduce para diferenciar la presuposición del motivo irrelevante.

⁵⁷⁰ V. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: *La alteración de...*, pp. 31 a 73.

⁵⁷¹ En este mismo sentido, D'ANGELO, A.: “La buona fede e l'esecuzione del contratto”, en AA.VV.: *I contratti in generale*. Vol. IV: Effetti, Invalidità e risoluzione del contratto. T. II. Dirigido por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín: UTET, 1991, p. 790 y ROPPO, V.: *Il contratto*. Milán: Giuffrè: 2011, pp. 963 a 973.

determinar que la otra parte pudo conocer que un determinado hecho era relevante para la contraparte?; ¿estaría actuándose de mala fe si a pesar de conocer ese hecho, la contraparte considera que no le es oponible?; ¿es la reconocibilidad suficiente para considerar que un determinado hecho (o motivo) ha pasado a formar parte de la estructura del contrato?; ¿es contrario a la buena fe contractual pretender desconocer la presuposición reconocible?

A nuestro juicio, la respuesta a las anteriores preguntas es negativa. La reconocibilidad no provoca que la presuposición pase a formar parte de la estructura del contrato. La presuposición no puede ser relevante o irrelevante sobre la base de la reconocibilidad en la medida en que este último elemento no puede confundirse con el de la buena fe contractual. A lo que sí debería obligar la buena fe es a que cada parte se proteja frente al principio de irrelevancia de los motivos (en realidad a lo que obliga la buena fe es a no intentar oponer un motivo no incorporado a la estructura contractual)⁵⁷².

En la doctrina española también se apuntan algunos criterios que podrían ayudar a determinar que una determinada presuposición debe tenerse en consideración a la hora de exonerar a alguna de las partes de su obligación de cumplimiento. Así, se afirma que (i) en primer lugar, deben tenerse en consideración las afirmaciones de las partes, aunque no hayan formado parte del contrato, en la medida en que estas afirmaciones hayan podido influir en la contraparte; (ii) en segundo lugar, debe darse relevancia al estado de cosas existentes (y fácilmente perceptible) en el momento de contratar; y, (iii) en tercer lugar, a los criterios normales de entender o valorar la realidad según las características de las partes y del negocio perfeccionado⁵⁷³. A nuestro juicio, sin embargo, estos criterios son demasiado generales para determinar con cierto grado de seguridad cuando nos encontramos ante una presuposición que ha pasado a formar parte de la estructura contractual.

⁵⁷² Lo expresa a la perfección MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: (*Ibidem*, pp. 31 a 73) cuando establece que “(...), el principio de la irrelevancia de los motivos viene a atribuir el valor de sanción jurídica a este riesgo, porque su función es la de impedir que el mismo pueda ser trasladado a la contraparte sin que ésta obtenga la correspondiente contraprestación. En consecuencia, la distinción entre supuesto contractual y motivo no tiene tanto que ver con la voluntad contractual, como en la valoración del conflicto de intereses en juego en términos de coste y riesgo”.

⁵⁷³ Cfr. MORALES MORENO, A.M.: *El error en...* Madrid: Ceura, 1988, p. 207.

Salvo alguna excepción demasiado puntual como para ser traída a colación, en la doctrina ya nadie defiende una teoría de la presuposición basada en el consentimiento contractual. Esta teoría, plenamente subjetivista en origen, se ha objetivizado. Hasta tal punto es así que la teoría de la presuposición ha llegado a relacionarse con la teoría de la causa. Las partes presuponen (y esta presuposición a su vez se presupone) que el contrato resultará equilibrado tanto desde un punto de vista cuantitativo (en lo que se refiere a la valoración del intercambio) como cualitativo (en lo que se refiere a la finalidad de las partes) sin necesidad de que lo hayan valorado expresamente a la hora de contratar. Se presupone (porque así debe ser y no porque así haya sido) que el contrato debe mantenerse equilibrado en términos económicos y que su finalidad debe ser susceptible de cumplirse⁵⁷⁴.

Se esté o no de acuerdo con la necesidad de mantener el equilibrio contractual en sentido económico o en respetar el fundamento y finalidad del contrato, lo que parece obvio es que ello nada o muy poco tiene que ver con la presuposición en cuanto esta teoría se basa en la existencia de una determinada voluntad contractual⁵⁷⁵. Si no se exige que la falta de equilibrio o de utilidad del contrato tenga su razón de ser en la voluntad de las partes, ningún sentido tiene que se utilice una teoría subjetiva (como la de la presuposición) para explicar dichos fenómenos.

⁵⁷⁴ Expone esta postura en detalle GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo...”, pp. 525 a 601.

En la doctrina italiana, v. COGLIOLO, P.: “La così detta clausola “rebus sic stantibus” e la teoria dei presupposti”, en AA.VV.: *Scritti varii di diritto privato*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, pp. 389 a 399; y 438 y 439.

⁵⁷⁵ Expone al respecto CANDIL, F. (*La cláusula rebus sic stantibus (Estudio de derecho español)*. Madrid: Escelicer, 1946, pp. 58 y 59) que: “[p]ertenece, por tanto, al consentimiento aquello que las partes han dicho expresamente, lo que han entendido tácitamente y, finalmente, aquello que derivado de una condición objetiva de las cosas ha permitido a las partes querer y consentir tal como quisieron y consintieron.

La construcción expuesta no aporta nada nuevo a la solución del problema; esa zona intermedia que trata de incluir en el campo del consentimiento, es más un juego de palabras que de conceptos. Afirmar que ciertas situaciones objetivas o de hecho, no queridas según los cánones clásicos, ni presupuestas al modo Windscheid, pueden entrar a formar parte de la doctrina del consentimiento, nos parece una exageración”.

5.2 Teoría de la imprevisión

Lo previsible es contractual y obliga. En cambio, lo imprevisible es materia extracontractual y no obliga (al menos contractualmente)⁵⁷⁶. Se trata de introducir en el contrato (que parte de un concepto de justicia conmutativa) nociones de justicia distributiva. Este es el punto de partida de la doctrina de la imprevisión, desarrollada extensamente en el derecho francés y concretamente en su derecho administrativo. En torno a esta teoría, se ha llegado a afirmar en la doctrina francesa que el acreedor no puede extraer ventajas de la imprevisión contractual sin que ello suponga un abuso de su derecho de crédito y comporte, además, —de ahí la naturaleza extracontractual de lo imprevisible— un enriquecimiento injusto⁵⁷⁷.

La doctrina de la imprevisión tiene su origen en el *Arrêt* del Consejo de Estado francés de 30 de mayo de 1916, en el que se declaró que las partes (en concreto una de ellas, la Compañía de Gas de Burdeos) no debían soportar un aumento del precio del carbón que a todas luces excedía los límites de aumento que las partes habían considerado como posible en el momento de la perfección del contrato. Siendo consecuente con la consideración de que lo imprevisto tiene carácter extracontractual, en el *Arrêt* de 30 de mayo, el Consejo de Estado no modificó el contrato ni las obligaciones de las partes. En su lugar (i) determinó objetivamente la cuantía de la indemnización que debería abonarse al concesionario para compensar las pérdidas ocasionadas por el incremento imprevisible del precio del carbón y (ii) estableció la proporción razonable en que la situación extracontractual debía distribuirse entre el concesionario y la Administración.

La doctrina de la imprevisión parte del pleno respeto del principio *pacta sunt servanda* y la autonomía de la voluntad⁵⁷⁸. Se trata de un elemento extracontractual (lo imprevisible) que deja sin sentido el cumplimiento del contrato (que parte de lo previsto

⁵⁷⁶ Cfr. TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, pp. 131 a 145.

Explica HAURIOU, M. (“La teoría del...”, pp. 1 a 15) que la situación extracontractual se encuentra en el propio contrato. Su no previsión implica que las partes, ambas, deben asumir el riesgo imprevisto.

⁵⁷⁷ Cfr. RIPERT, G.: *La règle morale...*, p. 140 a 154.

⁵⁷⁸ Así lo establece con total claridad DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, pp. 1060 y 1061.

por las partes). Sin embargo, como también ocurre con la doctrina *rebus sic stantibus*, es criticable que se fundamente tanto la existencia del problema (la imprevisión) como su solución en la voluntad contractual, sin más requisitos⁵⁷⁹. Es cierto que el elemento de la imprevisión permite excepcionar el cumplimiento del contrato en sus propios términos sin contrariar el principio *pacta sunt servanda*. Tan cierto como que el hecho de no haber previsto una determinada circunstancia no obliga a las partes necesariamente a asumir un deber extracontractual que, sin embargo, afecta al contrato. La doctrina de la imprevisión, a nuestro juicio, explica bien el problema pero carece de fundamentos sólidos⁵⁸⁰.

Sea como sea, el ámbito de aplicación de la doctrina de la imprevisión admitido por la jurisprudencia y la doctrina francesa es ciertamente limitado⁵⁸¹. Así, en efecto, debe considerarse que dicha teoría, según el Consejo de Estado francés, debe circunscribirse únicamente a aquellos contratos influidos por la idea de servicio público y solo en la medida en que sea necesario aplicar la doctrina para asegurar la ejecución del servicio⁵⁸². Solo en esos casos, según —de nuevo— el Consejo de Estado francés, puede considerarse que lo imprevisto, en la medida que interfiere en el cumplimiento del contrato (que se vuelve más oneroso) no obliga e incluso afecta a lo pactado contractualmente en función de lo previsto.

⁵⁷⁹ Expone LLUIS Y NAVAS BRUSI, J. (“La llamada cláusula...”, p. 339) que la doctrina de HARIOU en realidad es una adaptación de la *rebus sic stantibus*.

⁵⁸⁰ En ese mismo sentido parece pronunciarse DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Ibidem*, pp. 1060 y 1061) cuando afirma lo siguiente: “La “teoría de la imprevisión” tampoco resulta satisfactoria. Colocar el centro de gravedad de los efectos jurídicos que la alteración de las circunstancias puede determinar en la autonomía de la voluntad no es suficiente. Como antes hemos tratado de destacar, los efectos jurídicos se producen objetivamente no simplemente *ex voluntate*”.

⁵⁸¹ Al respecto, establece DE COSSIO, M. (*Frustraciones y desequilibrios...*, p. 122) que “[e]sta doctrina jurisprudencial llegó a generalizarse en el campo del Derecho administrativo, pero los Tribunales civiles y más concretamente la Cour de Cassation francesa la rechazó y, cuando se planteaba algún tema al respecto se resolvía en la vía civil, de forma muy ambigua, apelándose a criterios como, el enriquecimiento sin causa, la imposibilidad económica o el abuso de derecho y, sobre todo la buena fe, amparándose en lo dispuesto en el artículo 1135 del Code, según el cual se llevará a cabo el cumplimiento del contrato no sólo por sus términos, sino también por los dictados de la equidad y la justicia, por lo que se pensaba que el Tribunal podía en algunos casos suplementar los contratos, pero en modo alguno resolverlos o modificarlos”.

⁵⁸² Así lo recoge RIPERT, G.: *La règle morale...*, p. 140.

Lo máximo a lo que ha aspirado cierta doctrina francesa es a aplicar la teoría a contratos de carácter privado⁵⁸³ en la medida en que el contrato esté influido por una institución social⁵⁸⁴. Si no nos encontramos ante un contrato influido por una institución social, no es posible determinar cuál es el riesgo común a las partes: cada una de las partes atiende, en exclusiva, a su propio beneficio⁵⁸⁵.

5.3 La alteración como vicio del consentimiento: el error

La alteración de las circunstancias es siempre, en sentido amplio, un error. Un error de previsión pero un error al fin y al cabo. La cuestión que ahora importa, sin embargo, no es esa. La cuestión relevante es si en nuestro sistema tiene algún sentido que el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias se solucione a través de los vicios del consentimiento⁵⁸⁶. Para contestar a esa pregunta se hace necesario recordar que en este trabajo no se está analizando —ni se pretende— la problemática surgida como consecuencia de una errónea representación de la realidad presente en el momento de contratar.

⁵⁸³ Niega la aplicación de la doctrina a cualquier contrato de derecho privado GUESTIN, J.: *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963, p. 63.

⁵⁸⁴ Intenta generalizar la aplicación de la doctrina, relacionándola con el requisito de la causa, AUVERNY-BENNETOT, J.: *La Théorie de l'imprévision*. París: Sirey, 1938, 9 a 30.

Un loable intento para compatibilizar la institución de la alteración sobrevenida de las circunstancias con el derecho contractual francés puede consultarse en DELMAS-SAINT-HILAIRE, J.P.: "L'adaptation du contrat aux circonstances économiques", en AA.VV.: *La tendance a la stabilité du rapport contractuel*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, pp. 189 a 235.

⁵⁸⁵ V. en este sentido HAURIOU, M.: "La teoría del...", pp. 1 a 15. Para este autor, los únicos contratos privados influidos por una institución social son aquellos en los que existe una explotación del trabajo ajeno o una relación familiar. Cita, entre estos contratos, los de aparcería y los arrendamiento de servicios y de obra.

Según CANDIL, F. (*La cláusula rebus...*, p. 89) la teoría de la imprevisión parte del error de suponer que en la contratación administrativa no existe, como en cualquier contrato, un interés contrapuesto.

⁵⁸⁶ Como pone de manifiesto AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*La cláusula rebus...*, p. 112 a 120), tanto en el derecho anglosajón como en el alemán se relaciona la alteración sobrevenida de las circunstancias con el error. Para esta autora, la explicación de esta relación se justifica en la ausencia en estos sistemas de una figura como la causa.

Como veremos, en el ordenamiento alemán la representación común de los contratantes se encuadra en el problema de la alteración de las circunstancias a través de la institución de la base subjetiva del negocio. Sin embargo, aquí no se trata ese problema dado que, en primer lugar, nos centramos en aquellas circunstancias sobrevenidas (no existentes en el momento de contratar) y, en segundo lugar, porque el problema de la representación errónea de las partes a la hora de contratar debe y puede solucionarse en nuestro ordenamiento a través del error como vicio del consentimiento, ya sea sobre las cualidades del objeto o sobre la causa⁵⁸⁷.

En el derecho alemán, tradicionalmente, el concepto de error es muy estricto y no incluye las representaciones de las partes sobre las cualidades del objeto⁵⁸⁸. En el derecho español, no obstante, todos los problemas relacionados con las cualidades del objeto o su utilidad (ya presentes al tiempo de contratar) e incluso con la motivación de las partes para contratar (error sobre la causa) pueden solucionarse a través de la regulación del error como vicio del consentimiento, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos para ello⁵⁸⁹: deberá probarse, por supuesto, la existencia de un error grave, excusable y

⁵⁸⁷ En el mismo sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento de...*, p. 316.

Aun así, como expone AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*La cláusula rebus...*, p. 112 a 120), no puede dejar de señalarse que en la doctrina y en las propuestas internacionales para la armonización del derecho de contratos se están acercando las soluciones que se dan tanto al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias como al del error. En concreto, en el art. 4.105 PECL se regula la posibilidad de adaptar o revisar el contrato en supuestos de error, todo ello en virtud del principio de conservación de los contratos.

⁵⁸⁸ MORALES MORENO, A.M. (“El propósito práctico...”, pp. 1529 a 1546) expone, a la perfección, citando la obra de ZITELMANN, la doctrina tradicional alemana.

Afirma FLUME, W. (*El negocio jurídico*. Traducido por Miquel González y Gómez Calle, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 597 y 598) que las constantes referencias a la base subjetiva del negocio, como si se tratara de una situación de hecho existente al lado del contrato (aunque ajena a él), se reducirían si en la determinación de cuál es el objeto del acuerdo contractual se tuviera en consideración la realidad social en la que se enmarca el convenio.

Una conclusión parecida puede inferirse de las palabras de DE LOS MOZOS, J.L. (*El principio de...*, pp. 144 a 186). Este autor afirma que dentro del objeto también debe entenderse incluido el resultado jurídico al que tienden las partes con independencia de los motivos. El contrato es una regulación de intereses y su objeto también comprende el modo en que estos intereses han sido regulados por las partes.

En idéntico sentido también MORALES MORENO, A.M.: “El propósito práctico...”, pp. 1529 a 1546.

⁵⁸⁹ Como expone MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (*La alteración de...*, pp. 132 a 136), en el derecho francés, el error sobre la sustancia también comprende el error que recae sobre las cualidades del objeto que las partes han considerado como esenciales, pudiendo incluirse en el concepto de error sustancial

recognoscible, pero no habrá que establecer en cambio cuál era el deber de previsión exigible a las partes. Ya se trate de un error sobre el objeto o sobre la causa⁵⁹⁰, el problema del error tiene su origen en la formación del consentimiento. Cuestión distinta es si esa deformación del consentimiento tiene relevancia en el caso concreto de que se trate.

Sin duda, ambos problemas están emparentados: la alteración sobrevenida de las circunstancias es un error (de previsión) y la falsa representación de la realidad al tiempo de contratar supone una alteración de la situación de hecho “esperada” por las partes. Tanto el error como la alteración sobrevenida de las circunstancias —e incluso los supuestos de saneamiento— son en sentido amplio un problema de reparto del riesgo contractual entre las partes⁵⁹¹. Ese riesgo, en el caso del error como vicio del consentimiento, también puede consistir en una falsa representación sobre el resultado que las partes pretendían conseguir mediante el contrato. Así, en efecto, es posible que el contrato nunca fuera apto para cumplir el propósito de las partes pero que, aun así, por un defecto en la formación de voluntad, se prestara el consentimiento contractual. Esa falsa representación del resultado práctico del negocio⁵⁹² debe merecer, en ciertas

incluso el uso que el contratante pretendía realizar del objeto del contrato (nótese que, en este caso, nos encontramos en realidad —*stricto sensu*— ante un error en los motivos).

Esta autora (*Ibidem*, pp. 169 a 170) denomina presuposiciones a los motivos que afectan a la propia motivación del contrato para así distinguirlos de los meros motivos individuales, utilizando para ello el criterio de la buena fe.

⁵⁹⁰ Adviértase que no existe acuerdo en la doctrina sobre si la falsedad de la causa a la que se hace referencia en el art. 1301 CC es propiamente un problema de error ni tampoco si el 1276 CC se circunscribe a la misma problemática o si ese último precepto tan solo se encarga de regular el supuesto de simulación. Al respecto establece MORALES MORENO, A.M. (*El error en...* Madrid: Ceura, 1988, p. 147) que el error como vicio del consentimiento siempre se refiere a elementos intrínsecos del contrato (objeto, persona o cualidades de objeto o persona), mientras que la causa falsa hace referencia a elementos extrínsecos, lo que provoca que su apreciación (la de la causa falsa) siempre haya venido precedida de un pacto de especial incorporación de la causa. Este último caso, para el autor (*Ibidem*, pp. 201 y 202) no es un verdadero supuesto de vicio de la voluntad: “Las presuposiciones incorporan al contrato ciertos motivos de los contratantes que de esta manera adquieren relevancia en la organización contractual de intereses. Así el problema del error puede ser objetivizado, en nuestro Derecho, a través del contrato. Deja de ser un problema de defecto o vicio de voluntad, para manifestarse como una alteración en la organización de intereses que realiza cada contrato”.

⁵⁹¹ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (“Presuposición y riesgo...”, pp. 547 a 566) afirma que la divergencia entre la voluntad y la declaración no es el fundamento del error como vicio del consentimiento, sino tan solo su presupuesto. Afirma que son la seguridad en el tráfico y la protección de la confianza los elementos que deben determinar qué errores son relevantes o irrelevantes.

⁵⁹² La terminología es la acuñada por DE CASTRO.

circunstancias, una solución, ya consista esta solución en la anulabilidad del contrato o no.⁵⁹³.

No obstante, insistimos, la naturaleza de ambos problemas es diferente. El cambio de circunstancias no supone un problema de formación del consentimiento contractual: la realidad afecta al contrato a posteriori, inesperadamente, haciéndole perder su “sentido”. En cambio, el error como vicio del consentimiento parte de la premisa de que el consentimiento prestado no ha sido totalmente libre y consciente.

Ambas figuras comparten la necesidad de que puedan ser oponibles frente a la contraparte. La diferencia estriba en los requisitos necesarios para esa oponibilidad y en la razón de ser de esa diferencia: el fundamento de ambas figuras. La excusabilidad como requisito de aplicación del error debe traducirse, en sede de alteración sobrevenida de las circunstancias, en la ajenidad de la alteración (incluyendo en el concepto de ajenidad la ausencia de un deber de previsión y la no asunción del riesgo materializado). En cambio, la reconocibilidad exigida en la figura del error a aquella parte que no lo ha sufrido no puede ser exigida como tal en el ámbito de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Lo sobrevenido simplemente no puede ser reconocido por la otra parte contratante.

En sede de alteración de circunstancias, el requisito emparentado con la reconocibilidad no es sino la “imposibilidad” de que la otra parte contratante —la que no se ha visto afectada por la alteración— pueda alegar que el riesgo acontecido fue asumido por el deudor o que el resultado provocado por la alteración no es de tal magnitud que pueda oponérsele. Al contrario de lo que ocurre con el error⁵⁹⁴, el contratante contra el que se alega la alteración sobrevenida de las circunstancias siempre va a ver

⁵⁹³ Es quizás por ello, como expone CANDIL, F. (*La cláusula rebus...*, p. 68), que no resulta sorprendente que a través de la institución del error *in substantia* se haya tratado de buscar solución a los problemas de riesgos sobrevenidos.

⁵⁹⁴ LUNA SERRANO, A. (“Los vicios del consentimiento contractual”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. *ET ALII.: Elementos de Derecho civil. T. II: Derecho de obligaciones. Vol. I: Parte General. Teoría general del contrato*. 5ª Ed. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Madrid: Dykinson, 2011, p. 371) expone que “(...) si el error de uno de los contratantes puede ser advertido por el otro, éste tiene que soportar eventualmente la impugnación del contrato por parte del que yerra, puesto que, gracias a que el error en que se basa la impugnación pudo ser reconocido por él en el momento de contratar, no sufre menoscabo la confianza puesta en la declaración ajena”.

menoscabada la confianza en la declaración ajena. La alteración provoca un perjuicio (el no cumplimiento) que nunca es imputable —en ninguna medida— a las partes.

Como magistralmente se ha expuesto por parte de algún autor en la doctrina española⁵⁹⁵, la alteración sobrevenida de las circunstancias (error de previsión) no supone, como el error-vicio, un defecto genético del contrato. Se trata de un defecto funcional que no afecta al contrato como negocio sino a la relación obligatoria que surge de él. A pesar de ello, es preciso poner de manifiesto que un mismo fenómeno puede dar a la anulación del contrato como vicio del consentimiento o a su ineficacia sobrevenida ante una alteración sobrevenida de las circunstancias. Ello dependerá de que la circunstancia en cuestión ya existiera en el momento de contratar o que surgiera a posteriori (así como de que se cumplan los requisitos de una y otra figura⁵⁹⁶).

5.4 Teoría de la base del negocio: distinción entre base subjetiva y objetiva. Breve análisis del derecho alemán

Huyendo de las numerosas críticas que se habían realizado a la teoría de la presuposición (tal y como la había elaborado WINDSCHEID), OERTMANN formuló en los años 20 la teoría de la base del negocio, que permanece hasta hoy —con modificaciones, obviamente— como una de las teorías más utilizadas por la doctrina a la hora de explicar, fundamentar e intentar solucionar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias⁵⁹⁷.

Según la construcción realizada por OERTMANN, la base del negocio vendría constituida bien por una representación unilateral reconocida y no rechazada por la otra parte (tanto en lo que se refiere a su existencia o importancia), o bien por una

⁵⁹⁵ Cfr. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo...”, pp. 547 a 566.

⁵⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico...*, p. 318) pone el ejemplo de un contrato de arrendamiento de servicios, por cinco años, entre un colegio y un profesor, para que dirija una de sus secciones. Afirma el autor que el contrato se considerará ineficaz si resulta que dicho profesor había sido condenado por repetidos delitos contra la honestidad de menores (error, condición implícita de buena fama, etc.).

⁵⁹⁷ Cfr. LARENZ, K.: *Base del negocio...*, pp. 5 a 37 y AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, pp. 71 a 76.

representación común de ambas partes sobre la que se construye o basimenta —nunca mejor dicho— la voluntad negocial⁵⁹⁸. En el primer caso, la representación unilateral pasa a formar la base del contrato en la medida en que la contraparte reconoce y admite su importancia, mientras que en el supuesto de la representación bilateral son ambas partes las que reconocen e incluso desean o permiten que dicha representación bilateral fundamente el contrato⁵⁹⁹.

Esta base del contrato no se identifica con el consentimiento o voluntad contractual de las partes. Las representaciones de las partes son la base de la voluntad contractual en la medida en que la voluntad contractual (el contrato, en definitiva) sin dicha base carece de sentido. Ello no implica sin embargo que uno y otro elemento (voluntad y base) sean la misma cosa⁶⁰⁰. La consecuencia de que se produzca una ruptura de la base del contrato, según la teoría de OERTMANN, sería, en principio, la resolución del contrato, a no ser que la otra parte se avenga a introducir —y sea posible— las modificaciones pertinentes⁶⁰¹.

A pesar de sus loables intentos, pronto se puso de manifiesto que la teoría de OERTMANN no se distinguía en exceso de la teoría de la presuposición⁶⁰². Nótese, de hecho, que la base del negocio tal y como la define este autor se identifica con la representaciones de las partes; lo cual implica dejar fuera —casi es más limitada que la

⁵⁹⁸ Como bien expone TENA, V. (“Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad”. *RCDI*: año XXVI, núm. 270, 1950, pp. 709 y 710) “[e]s de notar, además, que la base del negocio no constituye por sí misma, en esta teoría, una condición, porque la condición se funda en la duda de que la suposición presente coincida o no con la realidad futura; y la hipótesis base del negocio jurídico se establece en una absoluta convicción que excluye toda incertidumbre. Por ello lo que una de las partes considere base del negocio para ella, ha de ser comunicada a la otra sin que ésta le oponga objeción alguna”

⁵⁹⁹ Expone ejemplarmente esta teoría BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento de...*, p. 313.

⁶⁰⁰ Cfr. FLUME, W.: *El negocio jurídico...*, pp. 582 a 621. Critica este autor la teoría de OERTMANN y, en concreto, su concepto de la base del negocio, aduciendo simplemente (aunque nos parece bastante) que en la actualidad está más que superada la concepción de que algunas representaciones y, en particular, las representaciones de las partes, no pueden formar parte del consentimiento contractual.

⁶⁰¹ Expone esta teoría, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, pp. 71 a 76.

⁶⁰² Así lo afirma sin tapujos HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Traducido por Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987, pp. 88 a 94.

En el mismo sentido, al tratar sobre las distintas teorías relacionadas con la base del negocio en el derecho alemán, CANDIL, F. (*La cláusula rebus...*, p. 57) concluye que “[n]inguna de ellas crea nada nuevo que resista las objeciones que se hacen a la doctrina de la presuposición[...]

teoría de la presuposición— todos aquellos supuestos en los que las partes no han tenido en consideración una determinada circunstancia en el momento de contratar pero, aún así, un determinado factor sobrevenido imposibilita que se lleve a cabo la finalidad común⁶⁰³.

Por otro lado y de igual manera que ocurría en relación con la teoría de la presuposición, tampoco queda claro en la teoría de OERTMAN por qué una determinada representación, ya sea unilateral o bilateral, pasa a formar parte de la estructura del negocio en la medida en que se comunica a la otra parte. Dicho en otros términos, ¿qué es lo que provoca que una determinada representación pase a conformar la base del negocio?; ¿el simple conocimiento por la otra parte de esas circunstancias?; ¿basta la reconocibilidad de esta circunstancia? Para OERTMANN no bastaba con que la presuposición (o, si se prefiere, la representación de una de las partes) fuera conocida por la contraparte. Además, resultaba necesario que la aceptara. Lo que no aclaraba OERTMANN es qué debía hacer la parte que no pretendía aceptar una determinada representación. ¿Debería haberla rechazado explícitamente o bastaba con que guardara silencio?⁶⁰⁴

Las críticas a la teoría de OERTMANN provocaron que otros autores intentaran mejorar la doctrina. Así, por ejemplo, LOCHER también apostó por la doctrina de la base del negocio pero, a diferencia de aquel autor, concluyó que en el concepto de base comercial debía incluirse también aquellas circunstancias que las partes no consideraron al tiempo de contratar pero que resultaban indispensables para lograr la finalidad contractual propuesta⁶⁰⁵. La base del negocio, según LOCHER, no está constituida (o no solamente) por las representaciones de las partes sino por (o también) por aquellas circunstancias indispensables para poder alcanzar la finalidad del negocio. Se ha afirmado, por ello, que la teoría de LOCHER aúna el aspecto psicológico de la teoría de OERTMANN con la

⁶⁰³ Así lo expone LARENZ, K.: *Base del negocio...*, pp. 5 a 37. Explica este autor que, igual que WINDSCHEID, OERTMANN también intentó objetivizar su teoría para incluir representaciones que, sin embargo, las partes no habían considerado, al menos de forma consciente. En el mismo sentido, lo exponen ENNECCERUS, L. y LEHMAN, H.: “Derecho de resolución...”, pp. 117 y 118.

⁶⁰⁴ Expone estas críticas, LARENZ, K.: *Base del negocio...*, pp. 5 a 37.

Por su parte, LENEL, O. (“La cláusula...”, pp. 193 a 206) critica la teoría de OERTMANN ante la imposibilidad de conocer qué es exactamente la base del negocio.

⁶⁰⁵ V. ENNECCERUS, L. y LEHMAN, H.: “Derecho de resolución...”, pp. 115 a 127.

teoría normativo-teleológica de la cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁰⁶. Lo determinante en la teoría de LOCHER es la averiguación de si existe una finalidad en el negocio distinta a su finalidad típica. Aún así, LOCHER sigue sin esclarecer cuál es la diferencia entre los motivos y la finalidad del contrato.

En realidad, las diferencias entre las teorías de OERTMANN y de LOCHER parecen haber sido el origen de la más moderna teoría de la base del negocio, en la que se distingue la base subjetiva (heredera directa de la teoría de la presuposición de WINDSCHEID) y la base objetiva (que recuerda a la doctrina *rebus sic stantibus* y a la teoría de la base del negocio de LOCHER)⁶⁰⁷. Ha sido LARENZ el que mejor y de modo más completo ha elaborado (a partir de lo ya concluido por la doctrina anterior) la doctrina de la base del negocio tal y como la conocemos a día de hoy⁶⁰⁸.

Al exponer su teoría, LARENZ parte de la premisa de que la representación consistente en que las circunstancias existentes en el momento de perfeccionar el contrato permanecerán invariables no resulta suficiente para exceptuar el cumplimiento de las obligaciones. Concluye, de hecho, que ello sería tanto como afirmar que todos los contratos perfeccionados antes de que sobrevinieran trastornos económicos o sociales no previstos por las partes deberían considerarse como contratos carentes de base⁶⁰⁹.

Del mismo modo, el autor afirma que tampoco puede equipararse la falta de previsión de un cambio de circunstancias con la representación de las partes de que las circunstancias no variarían, siendo ese precisamente el fallo de la teoría de OERTMANN. En efecto, OERTMANN se basa en lo que realmente pensaron las partes, aunque después intente objetivizar este elemento. Ya vimos (y de eso se hacen eco, como también veremos, los autores posteriores a este) que fue el propio OERTMANN el que vislumbró

⁶⁰⁶ Así lo expone LARENZ, K.: *Base del negocio...*, pp. 5 a 37.

⁶⁰⁷ En este sentido, expone FLUME, W. (*El negocio jurídico...*, p. 584) lo siguiente: “En la doctrina de la base subjetiva del negocio pervive la doctrina de la presuposición de WINDSCHEID, mientras que en la doctrina de la desaparición o de la modificación de la base objetiva del negocio ha revivido la vieja doctrina de la cláusula *rebus*”.

⁶⁰⁸ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Reseña a la obra de Karl Larenz “Geschäfts-Grundlage und Vertragserfüllung”. *ADC*: t. V, fasc. I, enero-marzo, 1952.

⁶⁰⁹ Cfr. LARENZ, K.: *Base del negocio...*, pp. 5 a 37.

que el hecho de que las partes no previeran el cambio de circunstancias es lo que determina que las partes no incluyan en el contrato una contingencia al respecto. A ello se podría contraponer (a favor de OERTMANN) que si las partes no previeron el cambio de circunstancias es precisamente porque estimaron que estas no cambiarían. Este, sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, es un argumento falaz. No prever un cambio no significa la aceptación de la estabilidad de las circunstancias.

Pone de manifiesto LARENZ, por otra parte, que los dos grandes fallos de la teoría de OERTMANN son al mismo tiempo su amplitud y limitación excesivas. Amplitud en la medida en que contempla todos los casos en los que se frustra el propósito o finalidad contractual de alguna de las partes (aunque nunca fuera comunicado ni aceptado por la contraparte) y, en segundo lugar, muy limitada, en la medida en que no contempla aquellas circunstancias objetivas que, aunque las partes no las hayan tenido presentes al tiempo de contratar, resultan indispensables para la consecución de la finalidad contractual común o compartida⁶¹⁰.

OERTMANN y el “fracaso” de su teoría es el origen de un intento de objetivización por parte de los autores posteriores. La finalidad común del contrato (o de una de las partes reconocida y aceptada por la contraparte) sí es decidida por los contratantes. Sin embargo, son las circunstancias objetivas, y no la representación de los contratantes, lo que determina si esa finalidad se puede cumplir o no⁶¹¹. Asimismo, ahora según LARENZ, existen otros supuestos de la base del negocio en los que no se pone en entredicho la finalidad, sino tan solo la realidad de las circunstancias existentes en el momento de contratar sobre las que se asentó el contrato.

Y es precisamente la anterior diferenciación lo que lleva a LARENZ a determinar que uno de los aspectos fundamentales al tratar sobre el cambio de circunstancias y, en particular, sobre la base del negocio es la correcta distinción de los supuestos de hecho. A saber, base subjetiva y base objetiva del negocio. La base subjetiva del negocio se

⁶¹⁰ Cfr. LARENZ, K.: *Ibidem*, p. 17.

⁶¹¹ Así expone LARENZ, K. (*Ibidem*, pp. 27 a 29) la teoría de LOCHER.

relaciona (o incluso identifica) con el error en los motivos como vicio de la voluntad. La base objetiva, en cambio, se refiere a la posibilidad de consecución de la finalidad del contrato, lo que se relaciona con la imposibilidad o la dificultad de la prestación.

Como ya se puede entrever, la base subjetiva del negocio tal y como la concibe LARENZ no supone como tal un cambio sobrevenido de circunstancias, sino una representación errónea de una realidad que ya estaba presente (aunque las partes la desconocían o no la conocían bien) en el momento de contratar. Así, en efecto, la base subjetiva se define como aquella representación mental de los contratantes por la que estos se han dejado guiar a la hora de fijar el contenido del contrato, siendo necesario (para que realmente resulte significativa) que esta representación haya inducido a las partes a contratar⁶¹². La base subjetiva del negocio supone el reconocimiento de la incidencia del error en los motivos en el juicio sobre la validez del contrato⁶¹³. Un error en los motivos que, dada la estrechez de la institución del error en el derecho alemán (ordenamiento en el que se inserta la teoría de LARENZ), acoge en su seno los errores sobre la cualidad de la cosa e incluso los vicios ocultos en la compraventa⁶¹⁴.

La base subjetiva aglutinaría, por lo tanto, todos aquellos supuestos en los que las partes sufren un error sobre la cualidad del objeto, pero también aquellos otros en los que

⁶¹² Cfr. LARENZ, K.: *Ibidem*, pp. 37 a 91.

⁶¹³ Como supuesto típico, LARENZ, K. (*Ibidem*, pp. 42 a 46) cita el caso de los rublos, resuelto en el año 1922. En este caso el demandante había prestado al demandado 30.000 rublos para su retorno a Alemania, pensando tanto prestamista como prestatario que el cambio del rublo era de 25 pfenning, cuando en realidad era de un solo pfenning. En palabras de LARENZ (*Ibidem*, p. 45) “Ambas partes, al celebrar el convenio sobre el reembolso de la cantidad prestada, admitieron una situación de hecho (que la cotización del rublo era 4:1) por la cual se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato, cuando en realidad tal situación de hecho no existía. Su error concernía, por tanto, no sólo a los motivos de una de las partes, sino a la base del contrato por ambas aceptada”.

También considera LARENZ, K. (*Ibidem*, 48 a 53) que el error de cálculo debe ser tratado como una alteración de la base subjetiva del negocio.

⁶¹⁴ Expone LARENZ, K. (*Ibidem*, pp. 37 a 42), como ejemplo de inexistencia o desaparición de la base subjetiva del negocio, el supuesto de una compraventa de un cuadro que ambas partes desconocían que era falso. Reconoce el autor, aun así, que este caso puede solucionarse a través la institución de los vicios ocultos en la compraventa.

Como expone AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*La cláusula rebus...*, pp. 112 a 120), en la actual regulación del error en el derecho alemán (art. 242 BGB) no se incluye el error en los motivos, por más que como expone FLUME, W. (*El negocio jurídico*, p. 587), en la actualidad está superada la opinión de que las representaciones de las cualidades no pueden ser parte de la voluntad negocial.

se demuestra que una circunstancia que fue tomada en consideración por las partes en el momento de contratar era en realidad falsa o inexacta. El ejemplo que pone LARENZ⁶¹⁵ es el del error de la base de cálculo de las prestaciones (o de al menos de una de ellas) tomada como cierta en el momento de contratar. El ordenamiento alemán, según LARENZ, reconoce el principio general sobre la existencia y relevancia de la base subjetiva del negocio jurídico en el art. 779 BGB, en el que se regula el error en la transacción⁶¹⁶. La base subjetiva de la que trata LARENZ se identifica con la situación de hecho de incertidumbre que ambas partes (en un sentido u en otro) comparten. Si esa incertidumbre se demuestra que era falsa, habrá habido un error sobre la base subjetiva.

La base subjetiva, aun así, no puede identificarse sin más como una situación de incertidumbre. De hecho, LARENZ incluye también dentro de los supuestos relacionados con la base subjetiva del negocio aquellos en los que las partes positivamente contemplaron que las circunstancias presentes en el momento de contratar persistirían, de tal modo que solo pertenecen al ámbito de la base objetiva del negocio aquellos supuestos en que las partes no previeron ni la permanencia ni el cambio de circunstancias presentes al tiempo de contratar y estas finalmente cambian⁶¹⁷. Siguiendo esta clasificación, LARENZ, por ejemplo, incluye los casos de la Coronación en el ámbito de la base subjetiva del negocio. Las partes efectivamente y positivamente contemplaron que el desfile se celebraría pero esta representación se demostró falsa. La demostración se produjo una vez perfeccionado el contrato pero era falsa desde el principio⁶¹⁸.

La base subjetiva del negocio no puede identificarse, según LARENZ, con su

⁶¹⁵ Cfr. LARENZ, K.: *Ibidem*, pp. 48 a 53.

⁶¹⁶ Sin embargo, para FLUME, W. (*El negocio jurídico...*, pp. 582 y 583): “El régimen del 779 no atiende a las representaciones de las partes como un dato que se sitúe junto al contrato, sino a las circunstancias que, según el contenido del contrato, se han establecido como base. La transacción toma su sentido, exclusivamente, de las circunstancias en que se basa. Las circunstancias que se han establecido como base en la transacción tienen para la reglamentación de la transacción el mismo significado que los antecedentes de hecho para la sentencia”.

⁶¹⁷ De hecho, afirma LARENZ (*Ibidem*, p. 82) que “[n]osotros hemos siempre puesto de relieve, al criticar la teoría de OERTMANN, que estos últimos casos tienen que ser excluidos del ámbito de la base del negocio, jurídicamente relevante, en sentido subjetivo. Estos casos han de examinarse tan sólo desde el punto de vista de la base del negocio objetivo”.

⁶¹⁸ V. LARENZ, K.: *Ibidem*, pp. 37 a 91.

causa⁶¹⁹, aunque en determinados aspectos convergen. La causa de la prestación es aquel elemento objetivo que posibilita su subsistencia, siendo posible que exista un negocio con base subjetiva pero sin causa (las partes comparten una misma situación de hecho sobre la que apoyan la existencia del negocio pero aún así el negocio o cada una de las prestaciones carece de causa) pero sin que sea posible que haya causa del negocio o de la prestación cuando la base subjetiva falla. La base subjetiva es un *prius* a la idea de causa e incluso a la propia existencia del contrato.

Por otra parte, la base objetiva del contrato se ve alterada en aquellos supuestos en que se produce una transformación fundamental de las circunstancias sin que las partes hayan pensado en la permanencia o cambio de dichas circunstancias en el momento de distribuir los riesgos contractuales. En esos casos, el cambio de circunstancias puede provocar que el contrato pierda todo su sentido y, por ende, tenga consecuencias totalmente distintas a las previstas o razonablemente previstas por las partes.

LARENZ identifica la imposibilidad objetiva o ineptitud del deudor (imposibilidad subjetiva) como supuestos de desaparición de la base objetiva del negocio. Afirma, de hecho, que son estos los casos más importantes, aunque no los únicos. También incluye en los casos de desaparición de la base objetiva del negocio aquellos supuestos en los que la relación de equivalencia entre las prestaciones se transforma de tal manera que ya no puede hablarse con propiedad de la existencia de verdadera contraprestación⁶²⁰. No aboga el autor por controlar la valoración que hagan las partes de la relación de equivalencia en el momento de contratar⁶²¹, toda vez que la relación de equivalencia solo puede tener incidencia en el cumplimiento de las obligaciones en aquellos supuestos en que la modificación de la base objetiva conlleve que el negocio pierda sobrevenidamente su carácter de negocio de cambio y sin que las partes, subjetivamente u objetivamente en función de la tipología de contrato, hayan asumido el riesgo.

⁶¹⁹ Cfr. LARENZ, K.: *Ibidem*, pp. 37 a 91.

⁶²⁰ Cfr. LARENZ, K.: *Ibidem*, pp. 91 a 161.

⁶²¹ Afirma de hecho este autor que (*Ibidem*, pp. 91 a 161) si las partes conocen las cualidades que determinan el valor del objeto del contrato, entonces su valoración inexacta pertenece al riesgo normal de todo contrato de compraventa. Es la consecuencia lógica de encontrarnos ante un sistema de libre formación de precios.

Por último, también pierde sentido el contrato cuando la desaparición de su base objetiva provoca la imposibilidad de alcanzar la finalidad propuesta por las partes si esta imposibilidad ha venido provocada por una causa totalmente ajena a la influencia del deudor o que no se haya incluido en los riesgos asumidos o debidos asumir por este (LARENZ, como puede observarse, exige el requisito de la ajenidad). Para que la afectación de la finalidad pueda provocar alguna consecuencia en el régimen de cumplimiento de las obligaciones debe ser aceptada por ambas partes.

A pesar de que LARENZ afirma que es complejo distinguir la imposibilidad de la prestación y la imposibilidad de cumplir su finalidad, también concluye que un caso — la imposibilidad de la prestación— es un problema puramente objetivo (también la ineptitud del deudor). En la determinación de la imposibilidad no debe atenderse a cuál es la finalidad de las partes sino tan solo al hecho de que la prestación no puede cumplirse; mientras en el otro caso — supuestos de alteración de la base objetiva del contrato distintos de la imposibilidad—, la prestación es posible pero resulta inútil o la relación de equivalencia se destruye a causa de una circunstancia “imprevisible” para las partes (este elemento en principio no se exige ante la imposibilidad de la prestación)⁶²².

Según LARENZ, el contrato no solo no puede subsistir cuando la prestación sea imposible, sino tampoco en aquellos supuestos en que deje de ser una “regulación dotada de sentido”, esto es, a) “cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que en él se presupone, se haya destruido en tal medida que no pueda ya hablarse racionalmente de una contraprestación⁶²³ o b) “cuando la finalidad del contrato, expresada en su contenido, haya resultado inalcanzable, aunque la prestación del deudor sea todavía posible⁶²⁴”.

LARENZ propugna que por finalidad del contrato se entienda el propósito de una de las partes que la otra parte hace suyo. Sin embargo, esta aceptación de la finalidad por

⁶²² Cfr. LARENZ, K.: *Ibidem*, p. 159.

⁶²³ Según LARENZ, K. (*Ibidem*, pp. 123 y 124) en esta primera tipología “la (...) modificación de la relación de equivalencia es de tal índole que hace imposible la consecución de la “finalidad última” común: el cambio de prestaciones que puedan considerarse, aproximadamente, equivalentes”.

⁶²⁴ V. LARENZ, K.: *Ibidem*, p. 159.

la contraparte no debe ser necesariamente expresa; también puede deducirse de la naturaleza del contrato y del contenido y cuantía de las prestaciones⁶²⁵.

Por último, la modificación de la base objetiva del negocio debe venir provocada por un factor externo a las partes, no pudiendo considerarse los factores o acontecimientos a) que sean personales o estén bajo la influencia de una de las partes; b) que se produzcan en un situación de *mora solvendi* o *accipendi*; o c) que sean previsibles y, como tales, formen parte del riesgo asumido en el contrato.

En cuanto a las consecuencias de la desaparición de la base del negocio, lógicamente LARENZ también aboga por distinguir entre los dos grandes supuestos antes mencionados. Así, en efecto, si nos encontramos ante un problema de alteración o desaparición de la base subjetiva, el contrato pierde eficacia en la medida en que su fundamento (la voluntad contractual de las partes) ha desaparecido en tanto en cuanto esta dependía de un hecho, factor o base que se demuestra falsa. Si la base es conocida y admitida por ambas partes, la pérdida de eficacia se producirá *ipso iure*, mientras que si es conocida solo por una de las partes, deberá ser esta quien la alegue (como si se tratara de un vicio del consentimiento). La pérdida de eficacia, según LARENZ, no siempre lo será de todo el contrato sino que puede afectar tan solo a alguna de las obligaciones. En ese caso, la obligación afectada perderá eficacia y habrá que adaptarla a través de una interpretación correctora o integradora que produzca que el contrato siga siendo un ente dotado de sentido⁶²⁶. En los contratos con prestaciones reiteradas en el tiempo con importe cuantitativamente determinado, LARENZ no aboga por la pérdida total de eficacia del contrato, sino por la suspensión de las obligaciones (o por su adaptación cuantitativa) en función del tiempo y medida de las transformaciones sobrevenidas que hayan acontecido⁶²⁷.

En cuanto a la desaparición o alteración de la base objetiva del contrato, debe distinguirse si estamos ante un supuesto de destrucción sobrevenida de la relación de

⁶²⁵ En este sentido, v. ESPERT SANZ, V.: *La frustración del...*, pp. 95 a 115.

⁶²⁶ Cfr. LARENZ, K.: *Base del negocio...*, p. 174.

⁶²⁷ Cfr. LARENZ, K.: *Ibidem*, P. 176.

equivalencia o ante un supuesto de imposibilidad de alcanzar la finalidad del contrato. En el primero de los casos, la destrucción de la relación de equivalencia provoca que la parte afectada pueda, según LARENZ, exigir un aumento de la contraprestación. Si la otra parte niega ese aumento, esa negativa autorizará a la otra parte a denegar su propia prestación a través de la resolución contractual o de la denuncia del contrato⁶²⁸.

Si la alteración de la base objetiva afecta a la finalidad del contrato, haciéndola imposible, entonces la parte perjudicada puede rechazar la prestación de la contraparte pudiendo no cumplir con su propia prestación en la medida en que esta sea superior a los gastos incurridos por la contraparte en la preparación y ejecución del contrato. Nótese que, a diferencia de lo que ocurría cuando lo afectado era la base subjetiva, en este caso el contrato no puede devenir ineficaz *ipso facto*. La ineficacia del contrato no se circunscribe en absoluto a la perfección del contrato, sino que es completamente sobrevenida y, por ello, la inexigibilidad de su cumplimiento no puede perjudicar a las partes más allá del perjuicio que causa el no cumplimiento. Es por ello que la parte contractual cuya finalidad contractual no se ve afectada tiene derecho a que se le indemnice, cuanto menos, el interés contractual negativo⁶²⁹.

5.4.1 Doctrina de la base del negocio en la doctrina y jurisprudencia española

En la jurisprudencia española, la doctrina de la base del negocio no es una desconocida⁶³⁰. Sin embargo, aunque algunas sentencias distingan esta teoría de la

⁶²⁸ Afirma LARENZ, K. (*Ibidem*, pp. 91 a 159) que esta consecuencia deriva de la naturaleza bilateral del contrato, que exige que se mantenga la relación de equivalencia como requisito de la exigibilidad de las prestaciones.

⁶²⁹ LARENZ, K. (*Ibidem*, pp. 91 a 159) también aboga por la indemnización del interés contractual positivo en aquellos supuestos en que la prestación de la contraparte se ha cumplido sin la intervención del deudor (nótese que este es uno de los casos que LARENZ clasifica de imposibilidad de cumplir con la finalidad contractual).

⁶³⁰ Un interesante y detallado estudio sobre la jurisprudencia española en esta materia puede ser encontrado en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1981, pp. 556 a 577.

Sobre la doctrina de la base del negocio en la jurisprudencia española, v. también MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “Derecho de superficie y cláusula rebus sic stantibus. Comentario a la STS de 20 febrero 2001 (RJ 2001, 1490)” *RArDPatr*: 2002, 1, nº 8, pp. 211 a 218 y LEONSEGUI GUILLOT, R.A.: “Contrato de opción y circunstancias sobrevenidas: tensión entre el principio de estabilidad y equidad

doctrina de la *rebus sic stantibus* y la apliquen en detrimento de esta⁶³¹, la mayoría de resoluciones identifican o confunden ambas doctrinas⁶³².

No aplica la doctrina *rebus sic stantibus*, sino la doctrina de la base del negocio, la STS de 23 de noviembre de 1962⁶³³. En efecto, en este caso, el TS elevó la pensión en contraprestación de la constitución de un usufructo viudal sobre unas fincas, basándose en el aumento de la rentabilidad de los bienes usufructuados, todo ello en aplicación del art. 1258 CC y de la teoría de la base del negocio ante la ruptura de la equivalencia de las prestaciones. En concreto, determina el TS que “[l]a alteración extraordinaria por circunstancias posteriores surge no en razón de la mayor o menor duración de la vida de la usufructuaria, contingencia que pudo ser contemplada normalmente por los contratantes, sino porque el equilibrio de las prestaciones se ha roto por la anormal e imprevisible alteración en alza desproporcionada en el precio de los frutos y en el valor de las rentas de la tierra, afectando a la base del negocio, y puesto que el usufructo viudal atiende al fundamento principal de conservar al cónyuge, en cuanto sea posible, en la posición económica que en el matrimonio tuvo (...) resulta en la actualidad irrisoria la renta en metálico que la actuante percibe, inferior a 20 pesetas diarias, cantidad que no alcanza para un vivir decoroso conforme a su estado y ni siquiera para su subsistencia, cuando el valor de los frutos y rentas es tan notorio y desproporcionadamente superior”.

contractual según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *RCDI*: año LXXXVIII, septiembre-octubre-2012, núm. 73, pp. 2892 a 2916.

⁶³¹ V., por ejemplo, la STS 14 diciembre 1993 (RJ 1993/9881)

⁶³² Así ocurre en las siguientes SSTs: 30 junio 1948 (RJ 1948/1115); 12 junio 1956 (RJ 1956/2485); 23 noviembre 1962 (RJ 1962/5005); 15 marzo 1972 (RJ 1972/1252); 17 mayo 1986 (RJ 1986/2725); 10 diciembre 1990 (RJ 1990/9927); 6 noviembre 1992 (RJ 1992/9226); 29 mayo 1996 (RJ 1996/3862); 20 febrero 2001 (RJ 2001/1490).

En la reciente STS de 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819) se llega a afirmar que la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* exige que se produzca una “alteración de la base del negocio (...) por circunstancias sobrevenidas que provocan, o bien la destrucción de la equivalencia entre las prestaciones, o convierten en inalcanzable la finalidad común del negocio”.

Sobre esta STS, v. el detallado comentario de SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala primera el 17 de enero de 2013”. *Diario La Ley*: Sección Tribuna, 7 mayo 2013, año XXXIV.

⁶³³ RJ 1962/5005. Comenta esta STS, PEÑA: “Comentario a la sentencia de 23 de noviembre de 1962”. *ADC*: t. XVI, fasc. I, enero-marzo, 1963, pp. 561 y 562.

En la STS 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9226) se dilucidaba la posibilidad de no cumplir un contrato de compraventa de un negocio de discoteca (se vendió el 50%) al haberse extinguido sobrevenidamente el contrato de arrendamiento en virtud del cual el otro de los socios (ajeno a la relación contractual) explotaba, junto con el vendedor, la discoteca en cuestión. En el contrato de compraventa se estipuló que de los seis millones de pesetas totales del precio (correspondientes al 50% del negocio que fue vendido), se pagaría un millón doscientas mil a la perfección del contrato, mientras que el resto del precio se haría efectivo en pagos trimestrales. Sin embargo, antes de que se pagara la totalidad del precio, a los pocos meses desde la perfección del contrato de compraventa, el local destinado al negocio fue arrendado a otra persona, de tal modo que el comprador de la mitad del negocio no pudo continuar con los beneficios de su explotación. Ante la negativa del comprador de abonar el resto del precio, el vendedor lo demandó judicialmente y le reclamó el precio aún no abonado. Por su parte, el comprador reconvino y solicitó la nulidad del contrato y el reembolso de las cantidades abonadas⁶³⁴.

Como se expone en el fundamento de derecho tercero de la resolución, durante el procedimiento quedó probado que el negocio de compraventa y, en concreto, su precio vino determinado por la expectativa del comprador (conocida por el vendedor) de que el contrato de arrendamiento en virtud del cual el otro socio explotaba el negocio se prolongaría durante el tiempo suficiente como para compensar el desembolso realizado. Pues bien, tanto los tribunales de primera y segunda instancia, como también el TS, estimaron que en este supuesto debía aplicarse la doctrina de la base del negocio ante la falta de equivalencia de las prestaciones (el comprador se obligó a pagar 6 millones de pesetas y, en cambio, solo pudo explotar el negocio durante cuatro meses). Lo curioso es que el TS aplica la doctrina de la base del negocio ante la concurrencia de los requisitos exigidos para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Llama particularmente la atención que el TS considere que la extinción del contrato de arrendamiento era una circunstancia difícilmente previsible. La aplicación de la doctrina de la base del negocio supuso que no se obligara al comprador a pagar el resto del precio, eximiéndose también al vendedor de su obligación de devolver las cantidades ya abonadas. El TS entendió que

⁶³⁴ Comenta esta STS, BELLO JANEIRO, D.: “Sentencia de 6 de noviembre de 1992. Modificación judicial del contrato por alteración extraordinaria e imprevisible de sus circunstancias básicas: cláusula *rebus sic stantibus*; doctrina de la base del negocio. Contrato de cesión de arrendamiento”. *CCJC*: nº 30, 1992, pp. 1009 a 1024. En este artículo se analizan muchos supuestos en los que el TS se ha planteado el alcance de la modificación del contrato ante la alteración de las circunstancias.

el pago de esta última cantidad se justificaba en la explotación del negocio por parte del comprador (junto al otro socio) durante los cuatro meses transcurridos desde la perfección del contrato de compraventa hasta la extinción del arrendamiento.

La STS de 21 de julio de 2010 (RJ 2010/3897) tiene como origen la suscripción de un contrato de opción de compra sobre cinco fincas. El optante, don Cornelio, se proponía obtener una nueva calificación urbanística para que estas fueran consideradas como urbanizables. Pendiente la opción de compra, don Cornelio concluyó con un tercero, don Eulalio, un nuevo contrato, en el que expresamente se hacía referencia al derecho de opción. Mediante este último contrato se acordó la creación de una sociedad participada por ambos a la que se transferiría el citado derecho de opción. Por esos derechos sobre la sociedad, don Eulalio se comprometió a abonar ochenta y cinco millones de pesetas en varios pagos. Sin embargo, finalmente no se consiguió la calificación urbanística necesaria y, por lo tanto, no se ejercitó el derecho de opción. Ello provocó que don Eulalio interpusiera una demanda contra don Cornelio solicitando la resolución del contrato celebrado entre ambos y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. Tras la estimación de la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial de Sevilla mantuvo la decisión alcanzada en primera instancia y declaró que el contrato debía quedar resuelto ante la imposibilidad de ejercitar la opción —aportación societaria de don Cornelio—.

Declaró la Audiencia que el contrato quedó frustrado y que los efectos de la frustración de la finalidad contractual deben ser los mismos que los del incumplimiento imputable del art. 1124 CC. Por su parte, el TS confirmó la sentencia de segunda instancia y además añadió que se trataba de un supuesto de modificación de la base del negocio ante la ruptura del equilibrio entre las prestaciones. Dicha ruptura supone, en palabras del TS, la desaparición sobrevenida de la causa. El TS llega a señalar las diferencias entre la base subjetiva y objetiva del negocio —como si estas figuras fueran trasladables sin más a nuestro ordenamiento— y cita algunos preceptos en los que “en teoría” se recoge dicha doctrina: “Tal principio se halla presente en nuestro Código Civil en algunos supuestos concretos como el de la donación inoficiosa porque se tengan después herederos legitimarios (artículo 644), la aceptación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (artículo 997), o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (artículo 1009)”.

También se ha pronunciado el TS sobre la doctrina de la base del negocio, muy recientemente, en la STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/3268). En este caso se trataba de un contrato de compraventa en virtud del cual se acordó vender unos pisos a cambio de un precio cierto, habiendo pactado las partes que la terminación de las obras se produciría en el mes de marzo de 2007 y que la compradora se subrogaría, si así lo quería, en el préstamo hipotecario que había obtenido la vendedora, dando por hecho ambas partes que ello sería posible. Sin embargo, llegado el momento, y debido a motivos económicos, el banco denegó la subrogación en el préstamo hipotecario (tampoco pudo la compradora conseguir otro financiamiento), motivo por el cual, el TS concluyó que no podía obligársele al cumplimiento del contrato ante la imposibilidad económica de financiar la compra. Para alcanzar tal conclusión, la sentencia en cuestión aplicó la doctrina de la base del negocio⁶³⁵.

Más reciente aún es la aplicación que de la doctrina de la base del negocio hace el TS en la STS 22 de julio de 2013 (RJ2013/5005). En ese caso, una sociedad suscribió con un particular un contrato de compraventa sobre dos fincas situadas en la isla de Ibiza a cambio de 1.200.000 euros, de los cuales se pagó 200.000 euros en el momento de la perfección del contrato. En lo que respecta al resto del precio, las partes acordaron que se abonaría unos meses más tarde, en el momento de la formalización de la escritura notarial y de entrega de las fincas. Los 200.000 euros pagados a cuenta harían las veces de arras penitenciales. Después de varias prórrogas para el cumplimiento del contrato, y tras diversos cambios en la posición de la parte compradora, se aprobó una Ley balear (Ley 4/2008), en virtud de la cual las fincas pasaron a ser rústicas. Por ello —ante la

⁶³⁵ BUSTO LAGO, J.M. (“¿Cabe aplicar “rebus sic stantibus” en un contrato de compraventa como contrato de tracto único?”, en AA.VV.: *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz. T. II*. Dirigido por Ángel Carrasco Perera. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, p. 1733) critica duramente esta sentencia: “(...) si el incremento del valor de mercado de los inmuebles, en general y de la vivienda, en particular, acaecido entre la fecha de perfección del contrato de compraventa y el momento en que se produce la ejecución o cumplimiento del mismo no es subsumible en la cláusula “*rebus sic stantibus*” en períodos de alzas continuadas de este valor o precio de mercado, no existe argumento o razón alguna, de naturaleza técnico-jurídica, que permita considerar que en los períodos de bajada del precio —o del valor de mercado (...) de la vivienda, pueda aplicarse tal doctrina”.

ÁLVAREZ LATA, N. (“La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?”. Notas con ocasión de la SAP (Sección 19ª) de 6 de febrero de 2012 (JUR 2012/109064). *Revista Cesco de Derecho de Consumo*: nº 4/2012, pp. 99 a 117 - disponible en www.revista.ucim.es/index.php/cesco -) ha demostrado que la imposibilidad del comprador para subrogarse en el préstamo hipotecario no ha venido siendo entendido como causa de resolución por parte de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Este artículo es anterior a las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013.

imposibilidad de edificar sobre las fincas—, la parte compradora solicitó la resolución del contrato. El TS, tras dos sentencias de instancia desestimatorias, volvió a desestimar las pretensiones de la compradora toda vez que (fundamento de derecho tercero) “(...) la base del negocio no queda destruida por la nueva calificación del terreno ya que, en este caso, el riesgo condicionaba la base del negocio, hasta constituir una parte sustancial del mismo. Existiendo el riesgo y conociéndolo, acordó la compra sin condicionarla, por lo que el objeto a transmitir eran las fincas con el desarrollo urbanístico que tuviesen al momento de la entrega, aunque fuese menor que el que tenían al momento de la firma del contrato, pues la compradora asumió el riesgo existente y cierto que se anunciaba antes del contrato con la paralización de las licencias”.

La clave en este caso en relación con el anterior, tal y como se deduce del fundamento de derecho cuarto, parece residir en el hecho de que el TS considera que los compradores adquirieron los terrenos con fines especulativos, aceptando con ello el riesgo de que dicho cambio urbanístico se materializase (los compradores conocían que la calificación urbanística de los terrenos estaba en cuestión).

Además, en la doctrina española, algún autor aislado —al estudiar la obra de LARENZ⁶³⁶— ha intentado adaptar la teoría de la base del negocio a nuestro derecho llegando a afirmar que, ante un problema de alteración de la base subjetiva, el contrato o cláusula en cuestión debe considerarse anulable de conformidad con la doctrina del error invalidante (arts. 1266 y 1301 CC). Por otro lado, afirma este autor, si nos encontramos ante un problema de base objetiva por destrucción de la relación de equivalencia de las prestaciones, la parte perjudicada podrá negarse a cumplir su prestación mientras la contraparte no cumpla la suya (en aplicación del art. 1100, apartado 3º). En caso de que la contraparte se niegue al aumento de su prestación, entonces la parte perjudicada podrá resolver o denunciar el contrato (art. 1124 CC). En los supuestos de alteración de la base objetiva por imposibilidad de alcanzar la finalidad, el acreedor de la prestación inútil podrá negarse a aceptar (negando el cumplimiento de su propia prestación), pero deberá indemnizar los gastos realizados por la otra parte (en aplicación del art. 1258 CC).

⁶³⁶ La doctrina de este autor puede ser estudiada, además de en el prologo de LARENZ, K.: *Base del negocio...*, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos: “La cláusula *rebus sic stantibus* (Comentario a la sentencia de 17 de mayo de 1957)”. *ADC*: t. XI, fasc. IV, octubre-diciembre, 1958, pp. 1267 a 1275.

En nuestra opinión, sin embargo, el derecho español no precisa adoptar la doctrina de la base del negocio⁶³⁷. Como se ha ido y se seguirá desarrollando a lo largo del presente trabajo, el fundamento y solución a los problemas que en el derecho alemán se resuelven acudiendo a la alteración de la base del negocio pueden ser resueltos acudiendo a otras instituciones, básicamente, como veremos, el consentimiento y sus vicios (para los problemas de índole subjetiva)⁶³⁸ y el objeto y causa contractual⁶³⁹ (para los problemas de índole objetiva)⁶⁴⁰.

⁶³⁷ Así lo concluye ALONSO PÉREZ, M.: “El error sobre la causa”, en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas. T.III*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1969, pp. 9 a 77.

Obviamente, quien rechaza en su totalidad la relevancia del fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias, también rechaza la aplicabilidad de la doctrina de la base del negocio. Así por ejemplo, v. MIQUEL CALATAYUD, J.A.: “Consideraciones sobre el impago en la compraventa”. *RCDI*: 1985, año LXI, núm. 571, p. 1501.

⁶³⁸ Esta autora (V. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, pp. 162 y 163) considera que los problemas de alteración de la base subjetiva del negocio en nuestro ordenamiento podrían resolverse acudiendo a la doctrina del error y, en concreto, al art. 1266 CC, ya que este artículo, a diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán, permite solucionar no solo el error sobre la sustancia de la cosa sino también el error sobre los motivos incorporados a la causa.

Sobre las relaciones entre el error y la doctrina de la base del negocio, v. MIQUEL, J.: “Una aportación al estudio del “error in substantia” en la compraventa”. *ADC*: t. XVI, fasc. I, enero-marzo-1989, pp. 79 a 99.

⁶³⁹ En la doctrina española no existe acuerdo en torno a si la finalidad objetiva a la que hace referencia la doctrina alemana de la base del contrato se refiere al elemento del objeto del contrato, a la causa o si se trata (o debe tratarse) de un tercer elemento diferenciado.

⁶⁴⁰ A este respecto, debe destacarse que, en opinión de DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico...*, pp. 314 a 326), la doctrina de la base del negocio del derecho alemán es un modo de dar relevancia a la doctrina de la causa.

En este sentido también, ALONSO PÉREZ, M.: “El error sobre la causa”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas. T.III*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1969, p. 62 y COGLIOLO, P.: “La cosi detta...”, p. 67.

DE LOS MOZOS, J.L. (*El principio de...*, pp. 144 a 186) afirma que al hablar de la finalidad objetiva del contrato hablamos en realidad de su objeto, en la medida en que por objeto del contrato debe entenderse el resultado que pretenden las partes.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Los incumplimientos resolutorios*. Cizur Menor (Navarra): Civitas (Aranzadi), 2005, pp. 29 y 30) equipara la alteración sobrevenida de la base del negocio ante la frustración del fin del contrato con la institución de los motivos causalizados.

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO, F. (“Las nuevas bases...”, p. 1730) asimila la desaparición de la base del negocio a la desaparición de la causa e incluye en ese supuesto (sobre el que el legislador, a su juicio, debería incluir una norma) tres subsupuestos diferentes: excesiva dificultad de la prestación, destrucción de la relación de equivalencia y frustración del fin del contrato. En cuanto a la consecuencia de la desaparición de la causa o base del negocio, el autor apuesta por la adaptación contractual (preferentemente acompañada por la renegociación del contrato), en primer lugar, y en su defecto, en segundo lugar, por la resolución.

5.4.2 Tendencias actuales en el derecho alemán

Volviendo al derecho alemán, debe destacarse que la teoría de LARENZ ha sido la precursora del actual artículo 313 BGB, en el que se regula esta institución y en el que se establece lo siguiente:

- 1) “Si las circunstancias en que consistió la base del contrato se modifican sustancialmente después de su celebración y las partes no habrían celebrado el contrato o lo habrían celebrado de otro modo de haber previsto tal alteración, puede exigirse una adecuación del contrato, en la medida en que, consideradas todas las circunstancias del caso concreto y, en particular, la distribución contractual o legal de los riesgos, la sujeción al contrato originario no sea exigible a una de las partes”.
- 2) “La falsedad de las representaciones esenciales de las partes sobre el contrato y que constituyeron su fundamento equivale a una alteración esencial de las circunstancias”.
- 3) “Si la adecuación del contrato no es posible o no es exigible, la parte perjudicada puede resolver el contrato. En las relaciones jurídicas de tracto sucesivo, en lugar de la resolución, rige lo dispuesto para la denuncia⁶⁴¹”.

Como se observa, en el BGB se regula la alteración sobrevenida de las circunstancias como una de las posibles incidencias normales (no extraordinaria) que puede sufrir el contrato. Es de notar, de hecho, que no se exige en el art. 313 BGB, como sí se hace tradicionalmente ante la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, que la alteración sea producto de la concurrencia de circunstancias extraordinarias. Lo que se exige, simplemente, es que se produzca una modificación sustancial de las circunstancias en las que consistió la base del contrato o un descubrimiento sobrevenido de la falsedad de las representaciones de las partes.

⁶⁴¹ La traducción es de SALVADOR CODERCH, P.: “Alteración de circunstancias...”, pp. 32 y 33.

En el art. 313 BGB se incluyen aquellos casos en que la base del negocio está compuesta por declaraciones o representaciones de las partes que, a posteriori, se demuestren falsas (de las representaciones habla el apartado 2º como un caso específico de ruptura de la base del negocio), pero también aquellos otros supuestos en que las circunstancias presentes a la hora de contratar queden modificadas de tal forma que provoquen que la sujeción al contrato originario no sea exigible (solo este caso es, *stricto sensu*, uno de cambio sobrevenido de circunstancias).

Para determinar si el contrato originario no es exigible debe atenderse (pues así lo requiere el precepto) a la distribución contractual o legal de riesgos pero también a cuál era la base del negocio y, por ende, a las circunstancias que la conformaban. El juicio sobre la exigibilidad no se sustenta, obviamente, en cualquier dificultad que el deudor tenga para cumplir el contrato. De lo que se trata, al valorar la exigibilidad, es de averiguar si, en función de la distribución de riesgos del contrato, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo habrían celebrado de otro modo de haber conocido la falsedad de sus representaciones o de haber previsto la modificación sustancial de las circunstancias⁶⁴².

A pesar de que no se exige claramente en el art. 313 BGB⁶⁴³, parece indubitado, en cambio, que el factor de la previsibilidad (o de la irrecognoscibilidad de la falsedad de las representaciones) resulta clave en la determinación de cuál ha sido la distribución contractual de los riesgos. Si alguna de las partes pudo razonablemente (y, por lo tanto, debió) prever el cambio de circunstancias o reconocer la falsedad de sus representaciones, entonces debe asumir el riesgo de no haber incluido alguna determinación contractual al respecto⁶⁴⁴.

⁶⁴² Cfr. SALVADOR CODERCH, P.: *Ibidem*, pp. 32 a 35.

⁶⁴³ Obsérvese como en el art. 313 BGB solo se atiende al factor de la previsión al hacer referencia a lo que las partes hubieran pactado de haber previsto el cambio de circunstancias, pero no, en ningún momento, a lo que las partes debieron haber previsto.

⁶⁴⁴ A través del análisis de la jurisprudencia alemana, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (*La alteración de...*, pp. 25 a 28) concluye no solo que debe exigirse el elemento de la imprevisibilidad, sino que para determinar si un riesgo era previsible o no debe atenderse a lo que hubiera previsto una persona razonable usando medios también razonables, considerando el tipo de contrato celebrado y la cantidad de información de la que disponían las partes a la hora de contratar. A partir del análisis de la jurisprudencia alemana, la anterior autora también concluye que, con criterio general, los tribunales no consideran razonablemente imprevisible la alteración monetaria ni la variación del valor de los inmuebles en el período que transcurre entre la perfección del contrato y su ejecución.

Por otra parte, para la determinación de lo que debe entenderse como base del negocio, no es determinante (aunque también debe intentarse en la medida de lo posible) averiguar lo que previeron los contratantes o lo que hubieran pactado de haber previsto o conocido la modificación sustancial o la falsedad de sus determinaciones. Lo que es determinante es la averiguación de lo que debieron haber previsto/conocido así como lo qué hubieran pactado personas razonables situadas en una posición semejante a la de las partes⁶⁴⁵. Atendiendo al art. 313 BGB, parece indubitado que en él se incluye tanto el concepto de base subjetiva como de base objetiva del negocio, tal y como estas fueron definidas por LARENZ.

En cuanto a las consecuencias de la alteración de la base del negocio, la solución preferida por el legislador alemán es la adaptación del contrato y solo cuando esta no es posible o exigible, debe procederse a la resolución contractual o a la denuncia si el contrato en cuestión es de tracto sucesivo. Obviamente, uno de los mayores problemas con los que brega la doctrina a la hora de interpretar este artículo es la de determinar cuándo la adaptación del contrato no es exigible. La exigibilidad, como no podía ser de otro modo, deberá valorarse caso a caso. En todo caso, parece que esta no cabe cuando la parte contra la que se pretende la aplicación de la alteración de la base del negocio se haya asegurado frente a ese riesgo o esté en situación de satisfacer su interés en el contrato a un coste más bajo de lo que supondría hacerlo a través de la adaptación del contrato⁶⁴⁶.

A pesar de su plasmación en el BGB, en la doctrina alemana no todos los autores están de acuerdo en la utilidad de la doctrina de la base del negocio. Así, por ejemplo, FLUME no cree que haya que acudir a esta figura para resolver los problemas que normalmente se incluyen en ella. Según este autor, solo en los casos en que lo querido por ambas partes no coincide con lo declarado sí debe adaptarse el contrato pues en ese supuesto sí se produce un error sobre la base del negocio subjetiva común. En cambio, para FLUME, si lo declarado por cada contratante no coincide con lo querido pero, a su vez, el error de las partes no es común, no nos encontramos ante un supuesto de alteración

LLUIS Y NAVAS BRUSI, J. ("La llamada cláusula...", p. 414) aboga por aplicar el criterio del honrado padre de familia.

⁶⁴⁵ De esta opinión es SALVADOR CODERCH, P.: *Ibidem*, pp. 32 a 35.

⁶⁴⁶ Así lo expone con gran claridad MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: "La doctrina de...", pp. 283 a 328.

de la base subjetiva (ya que el error no es coincidente), por lo que o bien las partes llegan a un acuerdo o procede la nulidad del negocio, en la medida en que ninguna de las partes puede exigir a la otra algo distinto a lo declarado (siempre que ese error no sea sobre los motivos o que, por cualquier otra causa, no sea oponible). Por ello, siguiendo a FLUME, en el supuesto en que uno de los contratantes incurra en un error en los motivos, el contrato es válido y eficaz según lo declarado en la medida en que el error es unilateral e inoponible a la contraparte. Además, para FLUME, todo error unilateral sobre la base del negocio, como todo error en los motivos, es irrelevante⁶⁴⁷. Los errores sobre la base subjetiva solo son relevantes en la medida en que esa base ha pasado a formar parte del contrato. Y, lógicamente, esa base pasa a formar parte del contrato solo en la medida en que el error es bilateral.

Para FLUME, muchos de los problemas que en la actualidad se resuelven acudiendo a la figura de la base objetiva del negocio, podrían solucionarse acudiendo al propio contrato⁶⁴⁸ y a su interpretación, sin necesidad de crear una figura, la de la alteración de la base del negocio, que aglutina supuestos muy diferentes y a los que, en consecuencia, debe otorgárseles diferente solución⁶⁴⁹. La solución debe encontrarse en la interpretación contractual, cuando ello sea posible o en la delimitación legal de los riesgos en función del tipo contractual de que se trate.

⁶⁴⁷ Cfr. FLUME, W.: *El negocio jurídico*, p. 597.

⁶⁴⁸ En opinión de FLUME, W. (*Ibidem*, p. 590): “En lugar de las soluciones únicas a las que se han dirigido los esfuerzos de la doctrina de la base del negocio y que, finalmente, han conducido a una simple solución de equidad, de lo que se trata es de establecer en cada caso, para el concreto tipo contractual como *naturale negotii*, la regulación adecuada sobre la cuestión de cuál de los contratantes soporta el riesgo de la realidad”.

⁶⁴⁹ Establece al respecto FLUME, W. (*Ibidem*, p. 619) lo siguiente: “La doctrina de la base del negocio ha conducido a no tomar ya en serio el contrato y a no esforzarse ya en hallar la solución jurídica a partir del contrato. En muchos de los casos resueltos por la Jurisprudencia con la doctrina de la base del negocio, una solución orientada al acuerdo contractual habría conducido al mismo resultado”.

5.5 La doctrina *rebus sic stantibus*

5.5.1 Origen y fundamento

A pesar del loable intento de algunos autores⁶⁵⁰, parece que hay acuerdo en la doctrina al considerar que el origen de la cláusula *rebus sic stantibus* no se sitúa en el derecho romano⁶⁵¹, en ninguna de sus etapas⁶⁵². La doctrina *rebus sic stantibus*, en su generalidad, empieza a ser desarrollada por los filósofos escolásticos y concretamente por Santo Tomás de Aquino⁶⁵³, adquiriendo su máximo esplendor en el derecho canónico así como en la Escuela del Derecho Natural racionalista de los siglos XVII y XVIII aunque después fue abandonada por la Pandectística y no fue incluida en los Códigos del siglo

⁶⁵⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, T. (*Los contratos de...*, p.105 a 108) sitúa el origen de la cláusula en el derecho romano y para ello cita un pasaje del Digesto de Africano (D.46,3,38,1): “Tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat”.

⁶⁵¹ En ocasiones se quieren ver en las palabras de Cicerón el origen remoto de la cláusula. Así, Cicerón estipuló en el capítulo XXV del libro III de su obra *De officiis*, que “Luego, alguna vez no hay que hacer promesas, ni siempre se han de devolver los préstamos; por ejemplo: si se ha depositado una espada, ésta no deberá ser devuelta al deponente que se ha vuelto loco, ni deberá ser devuelto el dinero depositado, a quien ahora hace la guerra contra su patria. El dar la palabra, el cumplir lo prometido, el entregar préstamos una vez cambiada la utilidad se convierten en cosas no honestas”.

También se atribuye el origen de la doctrina a Séneca, quien en el capítulo 35 del libro IV de su obra *De beneficiis* establece que “todas las cosas deben quedar igual como estaban al dar la palabra prometida; si por ejemplo, yo te prometo mi asistencia legal y después resulta que la acción que tú quieres intentar es dirigida contra mi padre, si yo prometo acompañar a alguien en un viaje y posteriormente llega la noticia que los ladrones hacen inseguro el camino; si yo prometo asistirte, pero en tanto se enferma mi hijo o mi mujer es objeto de los dolores del parto, en todos estos casos el officium no me obliga a mantener la palabra que he dado”.

⁶⁵² V. DUALDE GÓMEZ, J.: “De la cláusula *rebus sic stantibus* (relatividad contractual)”, en AA.VV.: *Temas varios de derecho público y privado: conferencias del cursillo del año 1942*. Barcelona: Colegio norarial de Barcelona, 1942, p. 27; CANDIL, F.: *La cláusula rebus...*, p. 21; TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución...*, pp. 67 a 70; DUSI, B.: “Sulla Clausola “*Rebus Sic Stantibus*”, en AA.VV.: *Scritti Giuridici. Vol. I*. Turín: G. Giappichelli Editore, 1956, p. 582 y ZIMMERMANN, R.: *The law of...*, p. 579.

Al respecto, establece LLUIS Y NAVAS BRUSI, J. (“La llamada cláusula...”, p. 402 y 403) que “[e]n este caso, como en algún otro, por ejemplo, en el establecimiento de la acción de jactancia, su interpretación del sentido del derecho romano es cuando menos discutible, pues una cosa es que la bona fides sirva para fundar esta institución y otra el grado que coincide con el sistema romano. Pero son estos los casos en que los tratadistas medievales hicieron valiosas aportaciones al caudal de la cultura jurídica”.

⁶⁵³ Cfr. GORDLEY, J: *The philosophical origins of modern contract doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. 85 a 87.

A pesar de que la cláusula *rebus* no encuentra su origen en el derecho romano, parece indubitado que los filósofos escolásticos sí recibieron la influencia de los pensadores romanos, en particular de Cicerón y Séneca.

XIX⁶⁵⁴. La doctrina solo recobró importancia y volvió a ser estudiada en el siglo XX, a raíz de las guerras mundiales.

En este trabajo la denominamos doctrina *rebus sic stantibus*, pero su denominación típica y original es cláusula *rebus sic stantibus*. Tal y como ocurría con la doctrina inglesa de la *implied condition*, la cláusula *rebus sic stantibus* se configura (al menos en su origen) como una condición implícita. Las partes condicionan el cumplimiento contractual a la permanencia de las circunstancias presentes al tiempo de contratar⁶⁵⁵. Esta condición es implícita, no solo en el sentido de que las partes no la incluyen en el contrato, sino por el hecho de que las partes ni siquiera son conscientes de su existencia: la cláusula está presente en todo contrato a no ser que las partes la excluyan expresamente⁶⁵⁶. Así considerada la cláusula *rebus sic stantibus*, no cabe duda de su compatibilidad con el principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, como ya vimos, esta compatibilidad parte de una ficción indemostrable: que las partes no querían el cumplimiento si se producía un cambio de circunstancias⁶⁵⁷.

El entendimiento de la doctrina *rebus sic stantibus* como una cláusula implícita en todo contrato se ha asociado en ocasiones a la buena fe en sentido subjetivo, atendiendo

⁶⁵⁴ V. al respecto a MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: “La doctrina de...”, pp. 283 a 328.

La razón de este abandono, según GORDLEY, J (*The philosophical origins...*, p. 207), consiste en que los grandes cambios económicos y de mercado que se produjeron durante ese siglo supuso que se apartara la idea de que los productos tenían un precio fijo en el mercado.

⁶⁵⁵ Expone FERNÁNDEZ CANTOS, J.L. (“La resolución de los contratos por causa de incumplimiento (Requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1124)”. *RGLJ*: 1960, t. XLI, 209 de la colección, p. 97) que “[d]ebe sobreentenderse en todo caso la existencia de la cláusula “rebus sic stantibus”, pues los elementos esenciales deben subsistir no solamente en el momento de la formación de la relación jurídica, sino también en el de la percepción que coincidirá con el momento de la ejecución”.

En el mismo sentido, PIETROBON, V.: *El error en...*, p. 755 y BORRELL SOLER, A. M.: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*. Barcelona: Bosch, 1954, p. 88.

⁶⁵⁶ V. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., pp. 1057 a 1060.

Algún autor ha defendido que la cláusula *rebus sic stantibus* debe ser considerada como un verdadero principio general del Derecho, derivado o emparentado con el principio de buena fe contractual (V. GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R: “Algunas consideraciones en...”, p. 103 a 151).

⁶⁵⁷ Establece RIPERT, G. (*La règle morale dans les obligations civiles*. 4ª ed. París: Libraire de Droit et de Jurisprudence, 1949) que, al menos desde la perspectiva del derecho francés, la *doctrina rebus sic stantibus* entendida en su sentido originario (subjetivista) no tiene ningún sentido.

a lo que quieren o no quieren los contratantes. En la actualidad, sin embargo, la doctrina *rebus sic stantibus* se vincula a la buena fe en sentido objetivo, buscando una solución adecuada no según la voluntad contractual sino de conformidad con un modelo acorde a la buena fe como guía de conducta⁶⁵⁸. Y así la doctrina se convierte en un elemento de integración de la voluntad contractual (y no de interpretación).

5.5.2 *Presupuestos, requisitos y consecuencias de la aplicación de la doctrina rebus sic stantibus*

La doctrina *rebus sic stantibus*, tal y como tradicionalmente ha sido aplicada por nuestro TS, exige que nos encontremos ante contratos con prestaciones recíprocas y de ejecución diferida o prolongada en el tiempo⁶⁵⁹. Además, la prestación a la que afecte el cambio de circunstancias debe ser de carácter principal y no haberse cumplido, al menos en su totalidad. El cumplimiento de la prestación excluye la aplicación de la doctrina *rebus*⁶⁶⁰.

En la actualidad, y a pesar de algunos titubeos tanto doctrinales como jurisprudenciales⁶⁶¹, parece haber acuerdo en que la doctrina *rebus sic stantibus* puede aplicarse tanto a contratos conmutativos como aleatorios. La clave está en distinguir si la aleatoriedad consiste precisamente en la posibilidad de que las circunstancias puedan variar o en otro elemento distinto. Lógicamente, si por el tipo contractual de que se trate o por otros elementos presentes a la hora de contratar, las partes ya han previsto la posibilidad de que se produzca un cambio de circunstancias que pueda afectar a su

⁶⁵⁸ Así lo expone ejemplarmente DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La clausula rebus...*, pp. 138 a 148.

⁶⁵⁹ Como argumenta DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*Ibidem...*, pp. 234 a 239), la jurisprudencia ha ido dando tumbos en torno a si la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* es aplicable tan solo a los contratos de tracto sucesivo, tan solo a los contratos de tracto único pero de ejecución diferida o a ambos. En la actualidad, parece que la doctrina del TS se inclina por la aplicación tanto a contratos de tracto único como de tracto sucesivo al entender que el elemento clave es que la ejecución del contrato se prolongue en el tiempo. Sí establece la jurisprudencia (V. por ejemplo la STS de 15 de noviembre de 2000 —RJ 2000/9214—) que la aplicación de la doctrina a los contratos de tracto único debería ser aún más restrictiva que a los de tracto sucesivo.

⁶⁶⁰ Cfr. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Ibidem*, pp. 235 y 236.

⁶⁶¹ Algún autor, desacertadamente a nuestro juicio, incluso ha llegado a afirmar que la doctrina *rebus sic stantibus* no es aplicable a los contratos mercantiles toda vez que el fin especulativo de estos contratos aumenta la idea de riesgo, lo que a su vez aleja la posibilidad de aplicar la cláusula (V. VELASCO, A.: “La prestación agobiante...”, pp. 431 a 437.)

prestación, de ningún modo puede aplicarse la doctrina *rebus sic stantibus*, pues el *aleas* del contrato ya excluye la aplicación de la doctrina ante la aceptación del riesgo del cambio de circunstancias. Por el contrario, si nos encontramos ante un contrato aleatorio cuyo *aleas* no consiste en la posibilidad de que las circunstancias presentes al tiempo de contratar variaran, entonces no existe ninguna razón para excluir la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* a ese contrato aleatorio en cuestión⁶⁶². Se trata de distinguir el riesgo previsible del riesgo imprevisible⁶⁶³.

El último de los presupuestos exigidos por el TS es que no pueda resolverse el problema de que se trata con otro instituto jurídico distinto al de la cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁶⁴.

Dejando atrás los presupuestos y centrándonos en los requisitos de aplicación, nuestro TS exige⁶⁶⁵, para apreciar la doctrina, (i) la concurrencia de circunstancias de carácter imprevisible y extraordinarias; (ii) la excesiva onerosidad en el cambio de circunstancias y (iii) la ajenidad en la producción del cambio de circunstancias⁶⁶⁶.

⁶⁶² Nótese, sin embargo, como en el derecho italiano (art. 1469 del Código Civil italiano), aparentemente, se excluye la aplicación de la institución de la excesiva onerosidad a todos los contratos aleatorios.

⁶⁶³ Como pone de manifiesto ECHEVARRÍA DE RADA, T. (*Los contratos de...*, p.105 a 108): “(...) en los contratos aleatorios, y, por ende, en los de juego y apuesta, debe distinguirse entre aquella desproporción entre las prestaciones de las partes que es consecuencia del riesgo asumido por cada una de ellas, y la diferencia que eventualmente pueda producirse por hechos y circunstancias ajenas al riesgo asumido en el contrato; estas últimas pueden ser sometidas al régimen común, en orden a la revisión del contrato por alteración de las circunstancias en las que se celebró”.

⁶⁶⁴ Así se estipula, por ejemplo, entre muchas otras, en la STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003/2762).

⁶⁶⁵ Un análisis de la jurisprudencia más reciente del TS puede ser consultado en MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el derecho español. La cláusula “*rebus sic stantibus*””, en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 119 a 147.

⁶⁶⁶ En el requisito de la ajenidad se incluye la exigencia de que las partes no hayan aceptado el riesgo del cambio de circunstancias, así como el hecho de que las partes no hayan provocado el cambio de circunstancias.

➤ *Carácter imprevisible y extraordinario de las circunstancias sobrevenidas*

La imprevisibilidad de las circunstancias tradicionalmente exigida por el TS requiere que estas sean sobrevenidas⁶⁶⁷. No es posible, en efecto, aplicar la doctrina a un supuesto en el que las circunstancias que alteran la prestación ya estuvieran presentes en el momento de contratar pero fueran desconocidas por las partes⁶⁶⁸. En ese caso, a lo sumo, nos encontraremos ante un supuesto de error como vicio del consentimiento. La sobreveniencia va implícita en la exigencia de que las circunstancias que acontezcan sean imprevisibles. No son imprevisibles, sino acaso tan solo desconocidas, aquellas circunstancias que ya estaban presentes en el momento de contratar.

Como ya vimos también, nuestro TS ha venido exigiendo no solo que el cambio de circunstancias sea imprevisible, sino también extraordinario. Y de ese modo parece que no solo es preciso que las partes no se representaran ni pudieran representarse el cambio de circunstancias. Además, es necesario que esa falta de representación se deba al carácter objetivamente extraordinario del cambio de circunstancias. A nuestro juicio, y como ya hicimos notar en el segundo capítulo de este trabajo, la exigencia de la extraordinariedad de las circunstancias solo provoca que la institución de la alteración sobrevenida de las circunstancias —a través de la doctrina *rebus sic stantibus*— solo se aplique ante grandes catástrofes y no como una institución normal, aunque de aplicación restringida, en el ámbito de la teoría general del contrato y de las obligaciones⁶⁶⁹.

Algo parecido ocurre con la exigencia, tantas veces repetida por el TS, de que el cambio de circunstancias sea radicalmente imprevisible. Nada, o casi nada es

⁶⁶⁷ La STS de 27 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1625) rechaza la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* a un supuesto de dación en pago de una finca en el que se hizo constar una medida incorrecta. La finca medía 2.097 metros cuadrados y en la escritura de dación en pago las partes declararon que tenía 339,58 metros cuadrados, concluyendo el contrato atendiendo a ese dato.

⁶⁶⁸ A pesar de que en algunos textos de carácter supranacional, como los principios *Unidroit* (art. 6.2.2) se permite que el desconocimiento de las circunstancias presentes en el momento de contratar dé lugar a la aplicación de la doctrina relativa al cambio de circunstancias, en nuestro país, ese tipo de problemática debe resolverse, si acaso, acudiendo al error como vicio del consentimiento.

⁶⁶⁹ Así lo reconoce LLUIS Y NAVAS BRUSI, J. (“La llamada cláusula...”, p. 413), aunque este autor sigue exigiendo la gravedad del cambio de circunstancias como medio de evitar que cualquier evento, por pequeño que sea, pueda conllevar la aplicación de la doctrina. Lo que olvida este autor, sin embargo, es que la exigencia correcta de la imprevisión y la ajenidad harían innecesario exigir también que el cambio de circunstancias sea grave.

radicalmente imprevisible. Basta, por ello, como ya analizamos, con la exigencia de una imprevisibilidad razonable en atención a criterios objetivos que tengan en consideración también las circunstancias concretas de las partes y del negocio que han alcanzado. Ese análisis probablemente conducirá a que solo se aplique la doctrina ante factores efectivamente extraordinarios, pero no porque este sea uno de los requisitos de aplicación de la doctrina⁶⁷⁰.

Como también afirmamos anteriormente en este trabajo, en realidad, el TS no suele llevar hasta sus últimas consecuencias la exigencia de que el cambio de circunstancias sea radical y objetivamente imprevisible. Y la mejor prueba de ello es que, en recientes SSTs, están empezando a ser considerados supuestos en los que compradores de viviendas no pueden obtener financiación ante la importante crisis económica (que, como se sabe, ha afectado en gran medida al mercado inmobiliario). Con ello se admite que la imposibilidad de financiarse puede ser considerada un hecho imprevisible cuando, en realidad —*stricto sensu*—, debería ser calificada como un factor ajeno al contrato, que tan solo concierne al comprador.

El TS considera sin embargo —STS de 17 de enero de 2013⁶⁷¹— que “(...) la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes

⁶⁷⁰ Como expone MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (*La alteración de...*, p. 93): “La previsibilidad se debe valorar en relación con el tipo de contrato celebrado y la cantidad de información a la que tienen acceso las partes contratantes”.

⁶⁷¹ Comenta esta STS, calificándola como la más importante hasta la fecha en lo que se refiere a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a la compraventa inmobiliaria, CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Moderación de la pena y aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la compraventa inmobiliaria”. *Actualidad Civil*: nº 1, enero-2014, pp. 86 a 97.

Un comentario detallado de la STS también puede encontrarse en DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 (RJ 2013, 1819)”. *RarDPatr*: nº 32, septiembre-diciembre 2013, pp. 353 a 379; ZURILLA CARIÑANA, M^a A.: “Resolución de contratos por imposibilidad de obtener crédito. Paro, caída de precios, recortes presupuestarios y ejecución del contrato, ¿eficacia de la cláusula *rebus sic stantibus*?”. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*: nº7/2013, pp. 218 a 227 (disponible en www.revista.uclm.es/index.php/cesco); BUSTO LAGO, J. M.: “Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla “*rebus sic stantibus*”.” *CCJC*: 94, enero-abril 2014, pp. 99 a 120 y DE LOS SANTOS LAGO, C. y MARTÍN GÓMEZ, E.: “Algunas consideraciones sobre la actualmente tan citada “*rebus sic stantibus*”. *Economist & Jurist*: vol. 22, nº 179, 2014, pp. 24 a 29;. Estos autores se muestran críticos con la aplicación de la doctrina *rebus* a supuestos en los que el comprador no pueda financiarse, en la medida en que este no es, por lo general, un riesgo a asumir por el vendedor.

dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia”.

En esta última sentencia, el TS no considera suficiente que exista un hecho extraordinario como es la crisis económica y, de hecho, lo que valora es que la imposibilidad de financiarse del comprador (en principio inoponible al vendedor) pueda caracterizarse como un hecho no razonablemente previsible que pueda sustentar una excepción al cumplimiento. A nuestro juicio, acierta la STS al exigir tan solo (aunque solo sea en la práctica y no en la teoría) una imprevisibilidad razonable unida a un análisis de la asunción de riesgos. De hecho, en la presente STS se rechaza la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, toda vez que no pudo probarse que la no obtención de la financiación no fuera un riesgo solo oponible o asumido por la parte compradora y no por motivos de previsibilidad. Sin embargo, yerra la STS, también a nuestro juicio, al considerar que algunos casos de imposibilidad de financiarse pueden ser absolutamente imprevisibles. La imposibilidad de financiarse quizás no sea razonablemente previsible, pero no, nunca, absolutamente imprevisible.

➤ *Excesiva onerosidad de la prestación. Referencia a la frustración de la finalidad del contrato*

La aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* exige que la concurrencia de circunstancias imprevisibles y extraordinarias provoque una excesiva onerosidad en alguna de las prestaciones que rompa el equilibrio contractual. La ruptura del equilibrio

contractual es lo que diferencia la situación que da lugar a la aplicación de la doctrina *rebus* de la mera dificultad de la prestación (la mera dificultad no provoca una ruptura del equilibrio prestacional), así como de la imposibilidad de la prestación (la imposibilidad impide la prestación y, por ello, ni siquiera puede hablarse de equilibrio contractual).

Si se produce una excesiva onerosidad de la prestación en relación con el equilibrio inicial alcanzado por las partes y esa excesiva onerosidad viene provocada por el cambio sobrevenido, imprevisible y extraordinario de circunstancias, debe aplicarse la doctrina *rebus sic stantibus*⁶⁷². Se trata de restablecer la equivalencia de las prestaciones tal y como se pactó. Algún autor ha llegado a afirmar que la protección de esta equivalencia subjetiva refuerza la aplicación del principio *pacta sunt servanda* en la medida en que imposibilita que cualquiera de las partes pueda ser avasallada patrimonialmente⁶⁷³. Lo que no explica el TS es de dónde surge la aplicación de dicha doctrina. O en otras palabras, ¿cuál es la conexión de esta doctrina con nuestro sistema contractual?

No hay norma alguna que, con carácter general, sustente su existencia y, desde luego, el TS tampoco se ha atrevido con total claridad a engarzar la doctrina con alguno de los elementos del contrato que podrían fundamentar su existencia. El análisis de la jurisprudencia sí permite establecer, no obstante, que el TS intenta enlazar la doctrina con

⁶⁷² Expone TERRAZA MARTORELL, J. (*Modificación y resolución...*, p. 35) que “[e]l criterio para la valoración de la excesiva onerosidad de las prestaciones que libera de responsabilidad al incumplidor, ha de ser objetivo y no subjetivo, sin tener en cuenta las condiciones económicas particulares de la hacienda del deudor, con relación al costo de la prestación, ni la influencia que este ejerce sobre dichas condiciones”.

El criterio para medir la ruptura del equilibrio contractual debe ser, en efecto, de carácter objetivo. Ese análisis sin embargo no debe basarse en cuál debió ser el equilibrio adecuado en el momento de contratar ni mucho menos en cómo ese equilibrio ha quedado modificado. El análisis debe basarse en la modificación del equilibrio contractual inicial acordado por las partes. Si las partes ya habían alcanzado un acuerdo desequilibrado, deberá partirse de que ese desequilibrio era el “equilibrio” querido por las partes para, a partir de ahí, valorar si se ha producido una ruptura de la equivalencia inicial. El análisis deberá ser objetivo, sin que ello implique que no deban tenerse en consideración las circunstancias subjetivas de las partes en el momento de contratar y su posterior modificación. La clave está en determinar cuál de esas circunstancias (y su posterior modificación) son oponibles a la otra parte.

⁶⁷³ Cfr. ARRECHEDERRA ARANZADI, L.I.: *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*. Madrid: Montecorvo, 1978, p. 31.

el elemento de la causa (sinalagma funcional⁶⁷⁴) o con el principio de la buena fe contractual o incluso con otras doctrinas extranjeras como la excesiva onerosidad italiana o la base del negocio alemana. Esas referencias se realizan, sin embargo, a mero título ejemplificativo y la mejor prueba de ello es que se mencionan al tiempo preceptos e instituciones que nadan tienen que ver entre sí. El *totum revolutum* que el TS utiliza para justificar la aplicación de la doctrina es la más clara evidencia de que esta surge como una forma excepcional (tan excepcional como sus requisitos) de solucionar aquello para lo que nuestro derecho positivo no ha provisto una solución.

A pesar de que ello no formaba parte en un principio de la doctrina *rebus sic stantibus*, en ocasiones⁶⁷⁵, el TS y también parte de la doctrina aplica esta figura no solo a los supuestos en que la alteración sobrevenida de las circunstancias provoca la excesiva onerosidad de la prestación, sino también cuando la finalidad común del contrato se frustra⁶⁷⁶.

➤ *Ajenidad del cambio de circunstancias*

De igual modo que ocurre ante la imposibilidad de la prestación, la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* exige que esté presente el elemento de la ajenidad⁶⁷⁷. La

⁶⁷⁴ Expone ARRECHEDERRA ARANZADI, L.I. (*Ibidem*, p. 13) que “[e]l supuesto de hecho sobre el que opera la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus” es un resultado económico caracterizado —entre otros rasgos— por un quebrantamiento de la aludida relación de equivalencia”

⁶⁷⁵ Así por ejemplo en la STS de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6389).

⁶⁷⁶ Cfr. LLAMAS POMBO, E.: “Comentario al art. 1091 CC”, en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. T.II: arts. 609 a 1314*. 2ª ed. Dirigido por Miguel Pasquau Liaño y Coordinado por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y Ana López Frías. Granada: Comares, 2009, p. 1813.

⁶⁷⁷ Menciona expresamente este requisito FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos: “La cláusula *rebus...*, p. 1273”.

Así lo expone el TS en la STS de 13 de febrero de 2013 (RJ 2013/2012) en que pretendía resolverse un contrato de arrendamiento y de abastecimiento de una gasolinera ante la disminución del volumen de ventas. El TS rechaza la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* simplemente porque las entidades partes del contrato “eran perfectamente conocedoras del mercado de distribución de carburantes y, por tanto, de los riesgos que a cada una asignaban los contratos (...)”.

Por otro lado, en las SSTS 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013/2275) y de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2673) se establece que “la posible disminución del volumen de edificabilidad del inmueble comprado no es radicalmente imprevisible cuando la compradora es una sociedad dedicada al sector de la construcción y, por tanto, conocedora de estos riesgos y de su posible estipulación en el contrato”.

ajenidad, como también vimos, se relaciona, de un lado, con el elemento de la imprevisión (imprevisibilidad en los términos tradicionalmente utilizados por el TS) y, de otro lado, con la necesidad de que la parte que pretenda su aplicación de ningún modo haya provocado ni influido en el cambio de circunstancias acontecido. La ajenidad coincide con el elemento de la imprevisión en tanto en cuanto no puede considerarse ajeno aquello que debió haberse previsto⁶⁷⁸. Así entendida la ajenidad, no aporta nada al elemento de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias.

Esta identificación entre la ajenidad y el deber de previsión de las circunstancias se hace palpable en la STS de 27 de abril de 2012 (2012/4714) en el que el TS, en un supuesto en que se solicitaba la aplicación de la doctrina a un contrato de arrendamiento de local de negocio ante la desactualización de la renta provocada por la evolución económica desde el año de suscripción del contrato (1977), rechazó la aplicación de la doctrina toda vez que “el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta, como indica la demandada en este recurso”

En el mismo sentido, la STS de 18 de junio de 2004 (RJ 2004/3631) rechazó la aplicación de la doctrina a un supuesto en que se solicitaba el incremento del precio de unas fincas en relación con el fijado contractualmente debido a la subida de valor de los bienes inmuebles en el mercado y ante la depreciación de la peseta. El rechazo de la aplicación de la doctrina se debió a que del contrato se podía deducir que las partes habían asumido el riesgo de ese incremento de valor. Así se establece claramente en el fundamento de derecho sexto de la STS: “(...) si ya es altamente discutible en sí mismo que el fuerte incremento del precio de la vivienda pueda considerarse en España algo excepcional, más discutible aún es que dicha cláusula [*rebus sic stantibus*] pueda considerarse aplicable a unas relaciones contractuales como las que mantuvieron las partes, marcadas por un importante pago inicial de la compradora, por la fijación del precio definitivo en función de factores no dependientes de su voluntad, por la liquidación de la compraventa en cuanto a uno de los polígonos cuatro años después del contrato

⁶⁷⁸ Lógicamente, aquello que debió ser previsto cambia en función de si lo que se exige es una imprevisibilidad objetiva y radical o una imprevisión razonable.

inicial y por la pendencia de pleitos promovidos por la inmobiliaria compradora para lograr la libertad de las fincas a que se había comprometido la parte vendedora”.

A nuestro juicio, la exigencia de la ajenidad del cambio de circunstancias es relevante si con ello exigimos que las partes de ningún modo hayan provocado (o pudieran haber evitado) el cambio de circunstancias. Nótese que algo imprevisible o que al menos no debió ser previsto ha podido ser provocado (sin que ello afecte un ápice a su carácter imprevisible) por una de las partes o, si no lo ha provocado, sí ha podido al menos controlarlo. Ello excluye, como es obvio, la aplicación de la doctrina.

Asimismo, la ajenidad también excluye la aplicación de la doctrina en la medida en que el deudor no ha cumplido con su propia prestación. El incumplimiento, aun cuando no se relacione ni tenga incidencia en el cambio de circunstancias, impide la aplicación de una doctrina que tiene como finalidad excepcionar el cumplimiento de la propia prestación. Quien ha incumplido con su prestación (bastando como incumplimiento, lógicamente, el incurrir en mora) no puede sacar provecho de un cambio de circunstancias acontecido posteriormente al incumplimiento. Nótese que si no se hubiera producido ese incumplimiento, la prestación se habría ejecutado y esta ejecución hubiera evitado, en cualquier caso, la aplicación de la doctrina⁶⁷⁹.

Así se establece en la STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2673), en el que una inmobiliaria solicitaba la disminución del precio de unas fincas ante su menor edificabilidad resultante de la aprobación por parte del Ayuntamiento de un nuevo plan urbanístico. Además de establecer que dicha menor edificabilidad era un hecho previsible para una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria, el TS también rechazó la aplicación de la doctrina ante el previo incumplimiento de la parte compradora, quien era a su vez la que solicitaba la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (fundamento de derecho tercero): “Si bien resulta acreditado que en la fecha de celebración del contrato de compraventa litigioso, el volumen de edificabilidad de la zona en que se halla la finca vendida, era de 9.150 m², y que, como consecuencia de la revisión del Plan General de

⁶⁷⁹ Así lo expone, tras un exhaustivo análisis jurisprudencial, PASQUAU LIAÑO, M: “Comentario al art. 1258 CC”, en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. T.II: arts. 609 a 1314*. 2ª ed. Dirigido por Miguel Pasquau Liaño y Coordinado por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y Ana López Frías. Granada: Comares, 2009, p. 2294.

Ordenación Urbana de Arbucies, dicho volumen quedó reducido 2.264'05m², igualmente está probado que desde la celebración del contrato, el día 15 de marzo de 1991, hasta el día 30 de diciembre de 1993 en que el Ayuntamiento de Arbucies acordó dar cumplimiento a lo establecido en el art. 125 del Reglamento de Planeamiento y al art. 59 del Decreto Legislativo 1/90, Habitat Montseny, SL no realizó actividad alguna tendente a la realización de la construcción para la que adquirió la finca; no redactó el proyecto del primer bloque (...), a partir de cuya notificación el vendedor habría de elegir la plaza de parking y la vivienda a cuya entrega se obligaba la compradora, ni ésta llevo a cabo ninguna actividad administrativa dirigida a la edificación”.

La ajenidad, por otro lado, también se relaciona con la gravedad de la alteración del equilibrio contractual. No basta con que las partes no hayan previsto ni podido/debido prever el cambio de circunstancias. Además es necesario que, de haberlo previsto, las partes no hubieran contratado o lo hubieran hecho en otros términos completamente distintos. Si ello no es así, será precisamente porque el riesgo en cuestión debe ser aceptado (y no es ajeno a, por lo tanto) por la parte que pretende la aplicación de la doctrina.

➤ *Consecuencias de la aplicación de la doctrina rebus sic stantibus*

La aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* puede dar lugar a dos tipos de consecuencias incompatibles entre sí. La modificación del contrato para restablecer el equilibrio inicial roto por el cambio de circunstancias o bien la resolución contractual. Dada la incompatibilidad entre estas soluciones, en la mayoría de SSTs se apuesta por la modificación contractual y no por la resolución. La resolución del vínculo, se afirma, solo debe producirse ante la imposibilidad de modificar el contrato toda vez que (la resolución) es contraria a los postulados de la buena fe y de la justicia contractual⁶⁸⁰.

⁶⁸⁰ Así se establece en las siguientes SSTs: 17 de mayo de 1941 (RJ 1941/632); 17 de mayo de 1957 (RJ 1957/2164); 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665) y 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214).

Un comentario a la STS de 10 de febrero de 1997 puede ser consultado en SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO, A.: “Compraventa. Arras: Naturaleza. Interpretación de los contratos. Cláusula *rebus sic stantibus*. Requisitos y efectos. CCJC: nº 44, 1997, pp. 653 y 662.

Uno de los principios que tanto en doctrina como en jurisprudencia se traen a colación para justificar la modificación del contrato frente a la resolución contractual es el principio de conservación del contrato⁶⁸¹. La resolución contractual, evidentemente, frustra los intereses que las partes podían tener en el cumplimiento del contrato⁶⁸² y, por ello, se aduce, el efecto resolutorio debe reservarse para aquellos supuestos en que no es posible modificar el contrato sin atentar contra la situación patrimonial de una de las partes o sin frustrar su interés contractual⁶⁸³.

Sin embargo, a nuestro juicio, peores consecuencias pueden producirse si el juez, sin el consentimiento de las partes, restablece el equilibrio contractual. En definitiva, ello implica sujetar a las partes a un contrato para el que no han prestado su consentimiento⁶⁸⁴. Mejor solución parece la de imponer a las partes un deber de renegociación para la modificación del contrato y, en su defecto, resolver el vínculo contractual atendiendo a las concretas circunstancias, repartiendo en su justa medida el riesgo del imprevisible cambio de circunstancias. En ese reparto del riesgo debe tenerse en consideración, sin duda, la indemnidad de la parte frente a la que se alega y aplica la doctrina.

Obviamente, si se exceptúa el cumplimiento de la prestación que se ha vuelto más onerosa, tampoco se deberá cumplir con la contraprestación. Y si, además, se resuelve el vínculo contractual, el acreedor de la prestación que se ha tornado más onerosa deberá ser indemnizado con el interés contractual negativo⁶⁸⁵. Otra solución podría ser la suspensión temporal del contrato. Ello solo será posible, lógicamente, cuando las

⁶⁸¹ V. por ejemplo, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...* pp. 234 a 249.

⁶⁸² Así lo expone PUIG PEÑA, F. y QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “Cláusula *rebus sic stantibus*”, en AA.VV.: *Nueva Enciclopedia Jurídica. T. IV*. Dirigida por Buenaventura Pellisé Prats. Madrid: Editorial Francisco Seix, 1981, p. 204.

⁶⁸³ Cfr. ARRECHEDERRA ARANZADI, L.I.: *La equivalencia de...*, p. 218.

⁶⁸⁴ Los defensores de la revisión o modificación del contrato ante el cambio de circunstancias (V., por ejemplo y entre otros, a SÁNCHEZ DEL VALLE, J.: “Sugerencias a la...”, pp. 262 a 270) aducen frente a esta crítica que la revisión contractual supone un simple acto de interpretación de la voluntad contractual, lo que no conlleva por lo tanto que el juez se inmiscuya en la voluntad de las partes. Esta contracrítica es, a nuestro entender, del todo inconsistente, en la medida en que la alteración sobrevenida de las circunstancias parte de la ausencia de previsión (y, por ende, de voluntad) de las partes. Sin voluntad no hay interpretación posible.

⁶⁸⁵ Se trata, según MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (“La doctrina de...”, pp. 283 a 328), de reconocer a la parte lesionada un derecho a la indemnización por los daños sufridos por la confianza en la efectividad inalterable del contrato (interés contractual negativo).

circunstancias sobrevenidas tengan carácter temporal y la suspensión no suponga la total frustración de las expectativas del acreedor.

5.6 La causa del contrato como fundamento de la alteración sobrevenida de las circunstancias

El elemento de la causa se trae a colación al analizar las doctrinas que tratan de fundamentar y solucionar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Así, por ejemplo, en relación con la doctrina *rebus sic stantibus*, se ha llegado a afirmar que nos encontramos ante un problema de la causa originaria del contrato: la causa, se afirma, es nula —por inexistencia— dado que el deudor no prestó su consentimiento para el supuesto en que las circunstancias cambiaran y, por otro lado, se aduce, la causa es injusta en tanto en cuanto supondría una inmoralidad que el acreedor reclamara el cumplimiento en sus estrictos términos tras el cambio de circunstancias⁶⁸⁶. Es sumamente discutible (incluso criticable) que el elemento de la causa pueda ser utilizado para explicar el fundamento de la alteración sobrevenida de las circunstancias si lo que con ello se pretende justificar es que una circunstancia sobrevenida puede afectar a la validez del contrato por un problema causal. La validez del contrato por motivos de causa no se relaciona con la problemática estudiada en este trabajo en la medida en que si la causa era existente y válida en el momento de la perfección del contrato, ningún cambio sobrevenido va a poder cambiar esa realidad. El contrato no adolece de defectos causales porque las circunstancias hayan variado.

Pero el elemento de la causa no solo es traído a colación al desarrollar algunas de las teorías relacionadas con el cambio sobrevenido de circunstancias, ni se agota simplemente afirmando la imposibilidad de que un cambio sobrevenido provoque un defecto causal. La causa también puede (y es utilizada) para fundamentar la necesaria

⁶⁸⁶ Cfr. LLUIS Y NAVAS BRUSI, llamada cláusula..., pp. 383 y 384.

Recoge esta opinión también GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: “Algunas consideraciones...”, pp. 103 a 151.

Por su parte, TERRAZA MARTORELL, J. (*Modificación y resolución...*, pp. 5 a 28) afirma que la doctrina *rebus sic stantibus* es un problema causal, aunque sobrevenido.

incidencia de la alteración sobrevenida en el ámbito de la relación contractual, pero no a través de la afirmación de que nos encontramos ante una causa inexistente, ilícita o falsa, sino por medio de una argumentación que, por el contrario, parte de la plena validez del contrato pero que admite, a su vez, que la alteración sobrevenida de circunstancias afecta (o puede afectar) a la causa del contrato y que dicha afectación es precisamente lo que explica y justifica la inexigibilidad de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior parte de la premisa de que el elemento de la causa no solo tiene incidencia para valorar la validez o no del contrato. Partimos de la premisa de que la causa es un elemento a considerar también durante la ejecución de las obligaciones, como fundamento de muchas de las figuras que afectan a esa ejecución⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ Así lo exponen CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: “Comentario al art.1274 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, pp. 520 a 523 y SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato: la situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español”. Barcelona: *Indret*, enero-2013, pp. 27 y 28.

Como magistralmente expone DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. I...*, p. 255): “No es solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa”.

En otro lugar de la misma obra (*Ibidem*, p. 282) el mismo autor niega sustantividad a la falta sobrevenida de causa. Afirma, de hecho, que todos los problemas que se relacionan con la doctrina de la falta sobrevenida de causa están ligados en realidad a la resolución contractual. Al mismo tiempo reconoce, no obstante, que la resolución contractual está ligada con los problemas causales. Quizás, como veremos más adelante, sea el elemento de la causa el, que a través de la aplicación de la figura de la resolución contractual, nos dé la clave para solucionar el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias. (La misma opinión es expresada por el referido autor en “Doctrina del enriquecimiento injustificado”, en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988, p. 67).

Nótese, de hecho, que el mismo autor, en otra obra (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 1062) sí relaciona el elemento de la causa con la alteración sobrevenida de las circunstancias —en concreto con la doctrina italiana de la excesiva onerosidad— y expresamente establece que “[l]a causa del contrato es la función económica y social que él mismo debe llenar o cumplir. La causa puede faltar en todo o en parte, desde el origen del negocio, o bien desaparecer más adelante durante la ejecución del negocio. Desde este punto de vista, la excesiva onerosidad es precisamente un vicio funcional de la causa o un defecto parcial sobrevenido de la misma, tanto en sentido genético como en sentido funcional. Y ello en razón a que la ley acoge como principio general para los contratos la existencia de una adecuación del sacrificio patrimonial que el contrato supone, en relación con el sacrificio patrimonial de la parte contraria”.

También relacionan la institución de la resolución contractual con el elemento de la causa, SANCHO REBULLIDA, F.: “Notas sobre la causa de la obligación”. *RGLJ*: 1971, II, pp. 661 a 681; JORDANO BAREA, J.: “La causa en el sistema del Código Civil español”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Vol. I*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 462 y AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, p. 132.

5.6.1 *La frustración del fin contractual como problema causal*

La causa del contrato, entendida como su fin económico-social o si se prefiere como el propósito práctico del contrato, es un elemento que debe estar presente, sin alteración, desde la perfección del contrato hasta su completa consumación⁶⁸⁸.

Evidentemente, esta concepción de la causa no es la objetiva que se desprende del art. 1274 CC. Partimos de una concepción ecléctica del elemento de la causa en la que también se da relevancia, en determinadas circunstancias, a los propósitos de las partes. Cuando existe una propósito común de ambas partes (o de solo una de ellas pero es reconocible tanto en lo que respecta a su existencia como a su importancia⁶⁸⁹) y esa motivación es imposible de cumplir, es plausible que nos encontremos entonces ante un defecto causal sobrevenido. El propósito práctico de las partes no puede ser cumplido y, por ello, el contrato —al menos en sus estrictos términos— ha dejado de tener sentido.

Totalmente en contra, alegando que el elemento de la causa y su existencia solo se puede valorar al tiempo de la perfección del contrato, CASTILLA BAREA, M.: “Resolución de contrato de compraventa de fincas adjudicadas en pública subasta por incumplimiento basado en motivos urbanísticos. El incumplimiento imputable, la frustración del fin del negocio, la desaparición sobrevenida de la causa del contrato y los motivos causalizados como posibles causas de la resolución contractual”. *CCJC*: nº 75, septiembre-diciembre 2007, pp. 1137 y 1138; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “Arrendamiento de cosas: frustraciones del fin del negocio. Cláusula “rebus sic stantibus”. *CCJC*: nº 85, enero-abril 2011, pp. 486 a 488 y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “Riesgo negocial v. cláusula “rebus sic stantibus”. Comentario a las SSTs, 1º, 1.6.2010 y 21.7.2010”. *Indret*: 1/2011, enero-2011, p. 8 de 17 pp. (disponible en http://www.indret.com/pdf/803_es.pdf).

⁶⁸⁸ Cfr. SÁNCHEZ DEL VALLE, J.: “Sugerencias a la...”, pp. 262 a 270.

Buena prueba de ello, según DE CASTRO Y BRAVO, F.: (*El negocio jurídico...*, pp. 313 a 326), son los elementos de la condición y el modo y su incidencia en el contrato.

⁶⁸⁹ Así lo entienden también DABIN, J.: *La teoría de la causa*. Traducido por Francisco De Perlsmaeker. Adaptada al derecho español por Bonet Ramón. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1929, p. 324; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Los incumplimientos resolutorios...*, pp. 29 y 30 y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R.: “Elementos esenciales del contrato”, en AA.VV.: *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*. Dirigido por A. López, V.L. Montés y E. Roca y coordinados por Mª. R. Valpuesta y R. Verdura. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 243.

Como establece VERDERA SERVER, R. (“Causa, móviles y resolución del contrato: comentario a la sentencia del TS de 1 de abril de 1998. *RDPatr*: año 1, 1998, nº 1, pp. 327 y 328), la afirmación de que los motivos subjetivos de las partes pueden tener relevancia jurídica en la medida en que se incluyen como condición no implica, sin embargo, que los móviles no incluidos como tales no puedan estar causalizados ni, en consecuencia, tener trascendencia jurídica.

En contra, solo dando relevancia al motivo común y no al individual aunque fuera reconocido por la contraparte, DESANTES GUANTER, J.M.: “Una reelección sobre la causa”. *ADC*: t. VIII, fasc. I, enero-marzo, 1955, p. 533 y ROPPO, V.: *Il contratto*., p. 359.

Podría pensarse que tal problema no es uno de causa, sino de consentimiento u objeto⁶⁹⁰. Sin embargo, en la medida en que las partes sí quisieron el contrato con independencia de que no hayan teniendo en consideración el cambio de circunstancias, la alteración sobrevenida no es un problema de consentimiento. A diferencia de la causa, el consentimiento es un elemento cuya validez o invalidez, idoneidad o inidoneidad debe ser valorada únicamente en el momento de contratar. La propia idea de contrato ya nos ilustra sobre el hecho de que el consentimiento tan solo afecta a su formación u origen: el resto de consecuencias que se producen durante la ejecución contractual ya son productos de la vinculación contractual pasada. Esos efectos o consecuencias no deben ser consentidos de nuevo. Muy claro es el art. 1258 CC al respecto: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”. El consentimiento perfecciona el contrato y lógicamente obliga a cumplir lo expresamente pactado, pero también a estar y pasar por todas las demás consecuencias que se deriven de la existencia del vínculo contractual.

La “frustración” de los motivos de las partes tampoco es un problema de objeto del contrato salvo que se opte por ampliar el objeto para que en él se incluyan también los propósitos que las partes tenían al contratar y, en contrapartida, se limite el papel de la causa únicamente a su sentido objetivo⁶⁹¹. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, no puede equipararse el qué con el por qué se contrata. Qué y por qué se relacionan. El objeto y la causa incluso pueden compartir problemáticas comunes (puede ser complejo, por ejemplo, determinar cuándo nos encontramos ante un error sobre el objeto y cuando ante un error sobre la causa) pero no cabe duda también de que no es lo mismo la desaparición sobrevenida del objeto (imposibilidad o incumplimiento) que la desaparición o, mejor dicho, frustración definitiva de la causa (que quizás sí sea producto de un incumplimiento pero no, nunca, de la imposibilidad de la prestación *ex. art. 1182*

⁶⁹⁰ Trae a colación esta discusión y los argumentos utilizados por los defensores de una y otra postura MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, pp. 131 y 133.

⁶⁹¹ La mayoría de la doctrina, sin embargo, distingue y separa los elementos del objeto y la causa. Así, por ejemplo, ALBALADEJO, M. (*Derecho Civil II: La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. 14 ed. Barcelona: Bosch, 1996, p. 258) establece que la causa logra la resolución de más problemas que los relacionados con el objeto del contrato. Nótese, de hecho, como el objeto puede ser lícito y, en cambio, puede no serlo la causa del contrato.

CC). Del mismo modo, la apreciación de los requisitos de los problemas causales es más compleja que la de los problemas relacionados con el objeto del contrato. Ello es así por la sencilla razón de que también es mucho más compleja la determinación de lo que en cada caso debe entenderse por causa (como función económica-individual) que lo que debe entenderse por objeto.

Si el elemento de la causa se entiende (también⁶⁹²) como la función económica individual del contrato, no cabe duda entonces que la frustración de la motivación del contrato, en la medida en que sea compartido u oponible frente a la otra parte, supone un problema causal sobrevenido⁶⁹³. Una alteración sobrevenida de las circunstancias ha afectado a la causa del contrato en la medida en que el propósito (función económica individual) se ha visto frustrado. Así lo reconoció el TS en la ya citada STS de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216)⁶⁹⁴, en la que se determinó que en un contrato de arrendamiento de una finca que debía ser explotada como guijera pero cuya productividad se tornó nula por circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, la causa, entendida como finalidad común de los contratantes, había desaparecido sobrevenidamente. Distinguió el TS este supuesto de aquellos otros en los que sí debía aplicarse la doctrina *rebus sic stantibus*. Sin embargo, declaró también el TS —erróneamente, a nuestro juicio, pues las prestaciones seguían siendo posibles (aunque no aprovechables)— que nos encontrábamos ante un supuesto de imposibilidad de la prestación⁶⁹⁵.

⁶⁹² Y decimos también porque, como expone CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (*La causa del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1998, p. 69): “(...) la indagación de la causa radica en comprobar la armonía entre la voluntad específica y concreta de los sujetos y el esquema preestablecido de la norma (...)”

⁶⁹³ Así lo expone DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “Meditaciones sobre la causa: a propósito del libro de Tomás Zumalacárregui, *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*”. *RCDI*: 1978, II, p. 661.

No puede dejar de señalarse que aún existen voces autorizadas en la doctrina que defienden una idea totalmente objetiva de la causa (V., entre otros, a BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez. Granada: Comares, 2000, p. 107.)

Una visión clásica de la teoría objetiva de la causa puede ser consultada en COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil. T. III: Teoría general de las obligaciones*. Traducido por Demófilo de Buen. Madrid: Reus, 1924, pp. 595 a 598.

⁶⁹⁴ En otras SSTs, sobre todo antiguas, como establece CASTÁN TOBEÑAS, J. (*Derecho civil español, común y foral. T. II. Vol. II*. Madrid: Reus, 1984), el TS ha negado que se pueda prolongar la incidencia de la teoría de la causa más allá del momento de la formación del contrato.

⁶⁹⁵ En el fundamento de derecho segundo, el TS estableció lo siguiente: “El motivo primero, al amparo del art. 1692.5.º LECiv, alega infracción del art. 1124, párrafo segundo, del Código Civil, y doctrina

5.6.2 *La excesiva onerosidad como problema causal*

¿Qué ocurre cuando la alteración sobrevenida de las circunstancias no provoca la frustración del propósito práctico de las partes sino una excesiva onerosidad en sentido económico?; ¿nos encontramos en ese caso ante un problema causal? Aquí, a nuestro juicio, entra en juego la noción objetiva de la causa. La causa no es solo la función económica individual del contrato, sino también su función típica y social, predispuesta por el ordenamiento. La pregunta que debe responderse entonces es ¿hasta qué punto la excesiva onerosidad permite que el tipo contractual de que se trate siga siendo reconocible, en palabras de LARENZ, como un ente dotado de sentido?

El art. 1274 CC dispone que “[e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte...” y de ahí se deduce que la causa de los contratos onerosos es la equivalencia entre las prestaciones⁶⁹⁶. Una equivalencia que no es objetiva (las prestaciones no deben tener un mismo valor y ni tan siquiera equiparable) sino subjetiva, pero que tampoco puede ser cualquiera. La equivalencia debe ser suficiente para que podamos hablar de verdadera onerosidad. No basta con la existencia formal de prestación y contraprestación. Si el

jurisprudencial que lo interpreta. Se argumenta en su defensa que el arrendamiento tenía por objeto la extracción de guijo de la finca arrendada; que de la prueba pericial practicada se deduce que cuando se firmó el contrato eran buenas las perspectivas de explotación, y que después desaparecieron completamente; que por ello no se alcanzó el fin normal del contrato, frustrándose las esperanzas y legítimas expectativas del arrendatario, y, en consecuencia, el contrato debe resolverse.

El motivo se estima por haber desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo. Siendo la causa la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados. No es que haya que moderar equitativamente el contrato, dejándolo subsistente, en virtud de la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus», porque carece de sentido que si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible, la otra tenga que cumplir la suya aun de forma más reducida. Tal doctrina sólo es aplicable en caso de notorio desequilibrio entre las prestaciones, no en caso de ausencia de una de ellas.

La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinosa para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo”.

⁶⁹⁶ Totalmente en contra, CARRASCO PERERA, A. (“Comentario a la STS de 19 de abril de 1985”. *C.C.J.C.*: nº 8, enero-marzo, 1985, p. 2588) expone que “[l]a “causa” de la prestación del vendedor es la contraprestación ajena, pero no su “justicia” o “equivalencia” porque, de ser así, ninguna razón habría para no dar entrada en nuestro sistema civil a la rescisión por lesión en los contratos sinalagmáticos”.

precio es irrisorio o la prestación excesiva en relación con la contraprestación (es la otra cara de la moneda), no hay verdadera onerosidad⁶⁹⁷. En este análisis debe actuarse de forma especialmente cauta recordando que no es necesario que la equivalencia sea una mínima. De lo que se trata es de comprobar que existe verdadera onerosidad.

¿Puede afirmarse que la causa del contrato —en sentido objetivo— se ve afectada cuando una circunstancia sobrevenida supone que el cumplimiento tenga un coste excesivo? El 1274 CC hace referencia a la equivalencia de las prestaciones en el momento de contratar. Si esa equivalencia (subjetiva por definición) se ve modificada con posterioridad al cumplimiento del contrato, no cabe duda de que ese, en principio, ha sido un riesgo asumido por las partes en el momento en que han decidido diferir la ejecución del contrato. Ya vimos, sin embargo, esa al menos es nuestra opinión, que no todo riesgo debe ser previsto. Y si se admite esa premisa y, por lo tanto, se admite la relevancia de un riesgo que no ha debido ser previsto y que ese riesgo ha provocado que una de las prestaciones se torne excesivamente onerosa, la siguiente pregunta es, ¿cómo damos salida a esa alteración?; ¿cuál es el fundamento de la resolución o modificación del contrato ante la ruptura del equilibrio prestacional?

Un posible argumento y respuesta a dichas preguntas lo encontramos en la causa, en sentido objetivo, de los contratos onerosos. Si el mínimo equilibrio exigido para que un contrato continúe siendo oneroso tras su perfección desaparece, no puede seguir hablándose de la existencia de una causa onerosa⁶⁹⁸. Y sin esa causa onerosa, ese contrato pierde, como también lo perdía ante la frustración del motivo común u oponible, su sentido⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Así lo establecían ya PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado práctico de Derecho Civil francés. T. VI: Las obligaciones. Segunda parte*. Traducido por Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural, 1927, p. 60.

⁶⁹⁸ Como expone AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*La cláusula rebus...*, pp. 127 a 138) el equilibrio no tiene por qué ser total pero sí tiene que haber alguno.

⁶⁹⁹ En este sentido se pronuncia VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*. Traducido y concordado por W. Roces. 1ª Ed. Madrid: Reus, 1934, p. 311 y VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español. T. III: Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*. 4ª Ed. Valladolid: Talleres tipográficos Cuesta, 1937, p. 91.

A nuestro juicio, sin embargo, resulta desafortunado hablar en estos casos de enriquecimiento injusto en la medida en que se olvida que las prestaciones, aunque desproporcionadas, siguen teniendo su causa en el propio contrato. Hablar en estos casos de enriquecimiento injusto supone nada menos que exigir una equivalencia objetiva de prestaciones, que es algo muy distinto a lo que se defiende en este trabajo,

La gran y primera crítica a esta postura es fácil: la causa del contrato es un requisito cuya existencia y adecuación solo puede valorarse en el momento de la perfección. Además, continúa la crítica, los defectos causales solo pueden provocar la invalidez, pero no la ineficacia del contrato⁷⁰⁰. No obstante, a nuestro modo de ver, la crítica es débil. Y ello por dos razones principales: (i) supone olvidar que al hablar de la causa del contrato, también estamos considerando (no puede ignorarse) tanto la causa de la obligación como la causa de la atribución y (ii) que no existe ninguna razón para no exigir en el tiempo, más allá de la perfección del contrato, la permanencia del elemento de la causa.

Ríos de tinta se han vertido acerca de si la causa que recoge nuestro ordenamiento es la causa del contrato, de la obligación o incluso de la atribución. A nuestro modo de ver y a pesar de la multivocidad del Código (que en la sección tercera del capítulo II habla de la causa de los contratos, mientras que en los artículos en los que se regula la causa y su incidencia —sin ir más lejos el 1274— parece que se hace referencia a la causa de la obligación), la discusión acerca de si nuestro ordenamiento hace alusión a la causa del contrato o bien a la de la obligación o si ambas causas son la misma cosa es un debate estéril (al menos a los efectos del presente estudio). En el derecho contractual, causa del contrato, causa de la obligación y causa de la atribución hacen referencia a un mismo fenómeno complejo⁷⁰¹.

esto es, que la excesiva onerosidad sobrevenida afecta a la causa del contrato y que esa afectación puede legitimar la excusa del cumplimiento.

Estamos plenamente de acuerdo con DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (“Meditaciones sobre la...”, pp. 170 y 171) cuando afirma que: “Debe aceptarse que en los sistemas causalistas como el español la acción de enriquecimiento no procede si el desplazamiento patrimonial tiene su origen en un contrato aunque éste sea nulo, anulable, rescindible, revocable o resoluble. Dentro de una concepción causalista, es inútil e improcedente establecer un paralelismo entre la obligación de restituir que dimana de la nulidad o más ampliamente de la ineficacia de un contrato —cualquiera que sea la razón determinante de esa ineficacia— y la restitución derivada del enriquecimiento sin causa.

En un sistema causalista la restitución es la consecuencia obligada de la ineficacia, pues si las partes no estuvieran obligadas a restituir se llegaría al absurdo resultado de que un contrato que el propio Derecho objetivo declara ineficaz devendría a la postre eficaz”.

⁷⁰⁰ Esta opinión podemos encontrarla en MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La alteración de...*, pp. 118 a 120.

⁷⁰¹ Mejor y de forma más profusa lo explica Díez-Picazo y Ponce de León, L.: “El concepto de causa en el negocio jurídico”. *ADC*: t. XVI, fasc. I, enero-marzo, 1963, pp. 3 a 32.

Al hablar de causa del contrato nos referimos al fundamento, objetivo y subjetivo, del contrato. Aquel elemento que justifica su existencia y protección por parte del ordenamiento jurídico en la medida, claro está, que tal fundamento merezca protección. La causa de la obligación, por el contrario, es el propio contrato. El art. 1091 CC nos da idea de ello: estoy obligado porque se ha perfeccionado un contrato que es válido y eficaz (también desde un punto de vista causal: el fundamento objetivo y subjetivo de dicho contrato merece protección). Por último, la causa de la atribución, entendiendo la atribución como “todo acto por medio del cual se procura o proporciona a otra persona un beneficio patrimonial⁷⁰²”, viene dada por la existencia de una obligación tutelada por el Derecho.

Se trata de una idea de causa en cascada: la atribución tiene su causa en la obligación y la obligación en el contrato. Esa idea de causa en cascada implica que no pueda haber atribución sin obligación y que no pueda haber obligación (contractual) sin contrato con causa eficaz. Para que la causa del contrato sea eficaz y pueda, por lo tanto, finalizar en una atribución perfecta debe merecer la tutela del ordenamiento: el contrato debe tener una función económica-social válida y adecuada en los términos exigidos legalmente. Tratándose de un contrato oneroso, es preciso que exista una equivalencia entre las prestaciones. Y esa equivalencia, si aceptamos que la causa del contrato afecta a la causa de obligación y a la causa de la atribución (en cascada), debe permanecer inalterada (en sus niveles mínimos requeridos) desde la perfección del contrato hasta la atribución final⁷⁰³.

⁷⁰² La definición es de DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L: *Ibídem*, p. 26.

⁷⁰³ MELICH ORSINI, J. (“La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”. *ADC*: 1984, nº 1-2, p. 46) relaciona este fenómeno con nociones de justicia conmutativa.

Del mismo modo, SOTO NIETO, F. (*Derecho Vivo: Jurisprudencia Comentada. T. II.*, pp. 401 y 402) establece que “(l)os contratos de tracto sucesivo, o de ejecución aplazada o diferida, cuando son de índole onerosa, precisamente por la naturaleza conmutativa que les es propia, han de realizar en todo instante aquella equivalencia de contraprestaciones que es la base del consentimiento prestado, del negocio mismo (...)

El equilibrio prestacional ha de perdurar en el contrato —los arts. 1.284 y 1.289 del C.C. indiciariamente lo revelan—, pudiendo estar sujeto a pequeñas alteraciones, pero no destruirse en su más genuina significación”.

Igualmente lo expone NÚÑEZ LAGOS, R.: “Pago de lo indebido sin error”. *RGLJ*: 1946, t. XI, pp. 135 y 136.

La equivalencia mínima requerida por el art. 1274 CC debe permanecer inalterada desde la perfección del contrato hasta su completa ejecución salvo que las partes, de algún modo, directa o indirectamente, hayan aceptado el riesgo de que esa equivalencia pudiera desaparecer. Si se aceptó dicho riesgo, la alteración de la equivalencia inicial no supone un problema de causa por la sencilla razón de que, en ese caso, el elemento de la causa ya estaba impregnado de una aleatoriedad —aceptada por las partes— que, de algún modo, también afecta a la idea de equivalencia. Nótese, en efecto, que al medir la equivalencia (siempre que el riesgo se previera o debiera haberse previsto) de las prestaciones, las partes ya tuvieron (o debieron tener) en consideración la posibilidad de que se produjera una excesiva onerosidad. Una excesiva onerosidad que, por supuesto, está admitida por el ordenamiento en la medida en que no desconfigure el contrato (y su causa).

Si se admite que la ruptura de la equivalencia de las prestaciones puede tratarse de un problema causal, la pregunta a contestar acto seguido es: ¿cómo debe ser esa excesiva onerosidad sobrevenida que provoca un defecto causal del contrato?; ¿debe utilizarse un criterio de medición objetivo o subjetivo?

Como casi todo lo que se relaciona con el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias, no resulta muy plausible (ni recomendable) proporcionar un criterio rígido que nos permita establecer en qué supuestos nos encontramos ante una onerosidad excesiva y cuando, tan solo, ante una mayor onerosidad soportable. A nuestro juicio, y toda vez que la equivalencia entre las prestaciones es esencialmente subjetiva (la prestación y la contraprestación es establecida libremente por las partes), debe partirse de esa equivalencia inicial establecida por las partes para, a partir de ahí, mediante la interpretación del contrato, averiguar cuáles fueron los criterios que se tuvieron en consideración para establecer esa equivalencia. Averiguados esos criterios (a través de las normas de interpretación del CC), debe valorarse si la excesiva onerosidad ha provocado un desequilibrio que también es excesivo desde un punto de vista causal.

Para que pueda hablarse de un verdadero defecto causal, lógicamente, la relación de equivalencia debe haber quedado destruida, pues no se trata de equilibrar el contrato sino de poner límites al desequilibrio. De igual modo que, *ab initio*, a la perfección del contrato, ese equilibrio entre las prestaciones debe ser uno mínimo para que realmente

nos encontremos ante un contrato oneroso, la alteración sobrevenida no puede desconfigurar ese equilibrio mínimo a posteriori⁷⁰⁴. La causa onerosa debe estar presente al tiempo de la perfección y durante todo el desarrollo de la relación contractual hasta la entera consumación del contrato. No se trata, por descontado, de exigir que el contrato implique la ruina del deudor o su insolvencia. La excesiva onerosidad no es una especie de imposibilidad económica, sino el producto de una valoración de la relación de equivalencia que parte del, y que se circunscribe al, propio contrato⁷⁰⁵.

La valoración de la ruptura de la relación de equivalencia debe realizarse con criterios objetivos. Advuértase que, por más que la equivalencia exigida por el art. 1274 CC sea de tipo subjetiva, lo que se debe valorar es si la alteración sobrevenida de las circunstancias ha alterado de tal modo la equivalencia prestacional que el contrato, como contrato con causa onerosa, ha quedado desfigurado. Los criterios utilizados por las partes a la hora de establecer la equivalencia (subjetiva) entre las prestaciones deben ser tenidos en cuenta no tanto en la valoración de la excesiva onerosidad sino en la determinación de si las partes aceptaron o debieron prever el riesgo del cambio de circunstancias y sus posibles efectos sobre el contrato. Lo que, en cualquier caso, sí debe tenerse presente es hasta qué punto la relación de equivalencia ya era desequilibrada en el momento de contratar. Partiendo de esa equivalencia inicial, a la hora de valorar si existe o no una excesiva onerosidad sobrevenida, debe considerarse si la retribución de la prestación supera su coste (pues en caso contrario no hay verdadera equivalencia) y hasta qué punto la inexistencia de esa retribución suficiente no es atribuible a la parte en cuestión, por no prever (debiendo haberlo hecho) la posibilidad de que la prestación se tornara excesivamente onerosa⁷⁰⁶. Las circunstancias personales, profesionales o de negocio de las partes solo deben ser tenidas en consideración, a nuestro juicio, en la medida en que

⁷⁰⁴ Así parece entenderlo también JOSSERAND, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado: teleología jurídica*. Traducido por Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr. Puebla (México): Cajica Jr., 1946, p. 257.

⁷⁰⁵ De este modo lo expone BADENES GASSET, R. *El riesgo imprevisible...*, p. 22.

⁷⁰⁶ En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, p. 1077): “Aun cuando la llamada ruptura de la relación de equivalencia debe ser tratada de manera objetiva con independencia de la voluntad presunta de las partes, lo cierto es que para establecer la susodicha ruptura y el alcance que la misma pueda tener, se hace necesario partir de una relación de equivalencia, que presupone un conjunto de datos que sólo una de las partes puede haber manejado, especialmente cuando se trata de determinar los costos que la ejecución de la prestación pueda entrañar y, a partir de ellos, el precio que por la prestación se pueda obtener”.

ello sirva para establecer la relación inicial de equivalencia, pues solo así su variación podrá ser oponible frente a la parte contra la que se alegue la alteración.

5.6.3 *Recapitulación: tipología del problema y posible consecuencia desde una perspectiva causal*

La génesis del contrato se encuentra en el consentimiento contractual. Sin consentimiento libre y voluntariamente prestado no hay contrato. Ahora bien, una vez existe el contrato no es necesario un nuevo consentimiento⁷⁰⁷. La existencia del vínculo contractual justifica su obligatoriedad. El elemento de la causa debe estar presente al tiempo de contratar (art. 1261 CC) pero también durante la vida del contrato si el momento de la perfección y la ejecución no coinciden⁷⁰⁸. El defecto causal puede ser genético (por ausencia de causa, falsedad o ilicitud) pero también funcional⁷⁰⁹. La causa, a diferencia del consentimiento, no puede identificarse con la génesis del contrato — tampoco su objeto—. El contrato existe porque las partes han consentido obligarse, manifestándose ese consentimiento sobre un determinado objeto y de conformidad con una determinada causa. El consentimiento es inicial y por ello no puede desaparecer tras la perfección. En cambio, tanto el objeto (imposibilidad o ilicitud) como su causa (desaparición, frustración o incluso ilicitud) pueden verse afectados sobrevenidamente, durante la ejecución del contrato o, en cualquier caso, con posterioridad al perfeccionamiento. Son los elementos del objeto y la causa y, en concreto, sus límites, los que protegen que el rigor por el respeto al consentimiento otorgado no provoque el efecto perverso de vincular a las partes más allá de lo admisible.

⁷⁰⁷ En este sentido, MARTÍN BALLESTEROS COSTA, L.: *La manifiesta intención de obligarse y el derecho nuevo*. Madrid: Montecorvo, 1963, pp. 75 a 107.

⁷⁰⁸ Al respecto, establece BADENES GASSET, R. (*El riesgo imprevisible...*, p. 186) que “(...) si bien el art. 1261 del Código civil parece referirse a la causa como elemento esencial para que el contrato exista, los restantes artículos que al tema se refieren hablan ya de la causa del contrato, considerando a éste como una entidad existente y formada, sin que probablemente se tropezara con ningún precepto positivo que impidiera llegar a conclusiones para cuya elaboración no ha constituido obstáculo en otros países preceptos semejantes a los nuestros”.

⁷⁰⁹ Al respecto, v. ALPA, G.: “La causa”, en AA.VV.: *I contratto in generale. Vol. III: I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*. Dirigido por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín (Italia): UTET, 1999, pp. 1901 y 1902.

Si bien relacionar el problema de la alteración sobrevenida con la causa de los contratos no implica, necesariamente, apostar por la resolución contractual como solución al problema, sí ayuda a justificar que esta solución sea prioritaria a la de la modificación judicial del contrato. La modificación del contrato parte o bien de la interpretación de la voluntad presunta de las partes (que no del contrato) o bien de la integración contractual a través del instituto de la buena fe (art. 1258 CC). La resolución contractual, en cambio, está emparentada con la causa del contrato⁷¹⁰. Bien sabido es (no hace falta insistir en ello) que el art. 1124 CC solo es aplicable a los contratos con obligaciones sinalagmáticas y que ello es así debido a la interdependencia entre las obligaciones: si una obligación se incumple, la otra parte no tiene que cumplir la suya y puede resolver el vínculo. No es necesario, pues la Ley lo regula expresamente, acudir al elemento de la causa para justificar la figura de la resolución contractual. Sin embargo, que no sea necesario no implica que el fundamento de la resolución contractual no se encuentre en la causa de las obligaciones. A nuestro parecer, ello parece evidente: el incumplimiento (con todos sus requisitos) provoca que la contraprestación pierda su causa⁷¹¹.

Y lo mismo ocurre ante la alteración sobrevenida de las circunstancias que afecte a la finalidad contractual (causa concreta del contrato) o que provoque una excesiva onerosidad (causa abstracta o tipo). La figura de la alteración de las circunstancias (a través de cualquiera de sus manifestaciones) no se justifica en la resolución contractual *ex. art. 1124 CC*. Ahora bien, si se le da incidencia a la alteración sobrevenida de las circunstancias y se concluye, además, que el problema es uno de tipo causal (el contrato

⁷¹⁰ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L: (“El concepto de...”, p. 7) relaciona la figura de la resolución con la *condictio causa data causa non secuta* de los negocios *do ut fies* y *do ut facies*: “[L]a parte que ha cumplido la prestación puede pedir, se dice, a la parte incumplidora que restituya la cosa prestada o entregada y cuyo correspectivo o contraprestación no ha recibido, ejercitando una *condictio* que recibe el nombre de “*condictio causa data causa non secuta*”. La contraprestación, que se había de recibir, según lo pactado o lo estipulado, actuaba como causa de la “*datio*”. Al faltar la efectiva realización de la contraprestación falta sobrevenidamente la causa (causa non secuta) y por eso puede repetirse lo entregado”.

En otra obra, (V. “Doctrina del enriquecimiento...”, p. 102) el mismo autor relaciona la frustración del contrato por desaparición de la finalidad con la *condictio* de prestación y concluye lo siguiente: “Supuesto que es esta finalidad la que justifica el desplazamiento patrimonial y lo que justifica en definitiva el sistema de circulación jurídico-obligatoria de bienes y de servicios, la frustración determina la necesidad de la restitución y, por consiguiente, hay que otorgar para ello la correspondiente pretensión”.

⁷¹¹ Este efecto, ya establecían PLANIOL, M. y RIPERT, G. (*Tratado práctico de Derecho Civil francés. T. VI: Las obligaciones. Primera parte*. Traducido por Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural, 1927, p. 585), es producto de aplicar la teoría de la causa.

o la obligación o ambos han perdido su causa), entonces el cumplimiento de las prestaciones (de ambas o de una de ellas) no es debido y queda justificada la resolución del contrato.

Sin duda, la regulación del art. 1124 CC está pensada —y así lo demuestra la referencia a la indemnización de los daños y perjuicios que se hace en el segundo párrafo— para el incumplimiento imputable. Eso no impide que la institución sea plenamente aplicable a los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias o ante la imposibilidad sobrevenida e imputable de la prestación⁷¹². El art. 1124 CC, en su primer párrafo, solo exige que exista un incumplimiento (sin necesidad de que ese incumplimiento sea imputable o no y, por lo tanto, acogiendo en su seno todos los supuestos en que el deudor no cumpla, bien porque no quiere, bien porque no puede o bien porque está legitimado para ello): “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.”⁷¹³

⁷¹² Al respecto, establece CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (“Comentario al art. 1275 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*). Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, p. 565) que “(...) si existiendo la causa y siendo lícita en el instante del perfeccionamiento, posteriormente la ley convierte en ilegal lo proyectado o ello deviene físicamente imposible, no podemos decir que nos hallamos en el campo de la nulidad ni de la invalidez (pues el contrato se había formado regularmente), sino, en todo caso, en el de la ineficacia en sentido estricto, canalizándose en nuestro Derecho la solución del problema a través de la resolución”.

También son de esta opinión GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “Comentario al art. 1184 CC,” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales: T. XVI, Vol. I*, 2ª Ed. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, pp. 351 y 352; GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, pp. 486 y 487 y BARAONA GONZÁLEZ, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 79.

Las distintas concepciones de la causa en la doctrina pueden ser consultadas en DE CASTRO BRAVO Y BRAVO, F.: *Tratado práctico y crítico de derecho civil. T. X: El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de estudios jurídicos, 1967, pp. 191 y 192.

En contra de aplicar la resolución contractual a los incumplimientos no imputables, ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de...*, p. 75.

Para FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAR, Mª ÁNGELES (*La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1998, pp. 104 y 105) la resolución por incumplimiento no imputable puede justificarse en la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (y no al contrario) toda vez que en el art. 1124 CC, en principio, solo se recoge la posibilidad de resolver el contrato ante el incumplimiento imputable.

⁷¹³ Cfr. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2...*, pp. 1080 y 1081.

El primer párrafo nos proporciona cuál es la clave que determina la aplicación de la figura de la resolución: el incumplimiento. Si ese incumplimiento no es definitivo, en la medida que aún es posible el cumplimiento de la prestación, entonces el acreedor “podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación”. Si además, posible o no, el incumplimiento es imputable, el acreedor podrá optar por el “resarcimiento de los daños y abono de intereses”. Nótese, sin embargo, que esta facultad de solicitar los daños y perjuicios no deriva de la institución de la resolución contractual —solo aplicable a los contratos con obligaciones sinalagmáticas—. La referencia del art. 1124 CC a la facultad de solicitar los daños y perjuicios es una mera reiteración de lo ya dispuesto en el art. 1101 CC. Lógicamente, esa reiteración de lo que establece el art. 1101 CC no puede servir para circunscribir en exclusiva la institución de la resolución contractual a los incumplimientos imputables al deudor. Una cosa es el incumplimiento y sus efectos y, otra, relacionada aunque bien distinta, la imputabilidad o inimputabilidad del incumplimiento⁷¹⁴.

5.7 La excesiva onerosidad de la prestación en el Código civil italiano

En el capítulo XIV de la sección tercera del libro cuarto del título segundo del Código civil italiano, dedicado a las obligaciones, se regula la figura de la excesiva onerosidad de la prestación. El art. 1467⁷¹⁵ de dicho código, dedicado a los contratos con obligaciones sinalagmáticas, establece que en los contratos de tracto sucesivo o de tracto único pero ejecución diferida⁷¹⁶, si la prestación de una de las partes —con anterioridad

⁷¹⁴ Como expone FERNANDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a ÁNGELES (*La resolución por...*, p. 121): “(...) el art. 1124 debe ser interpretado no como una sanción al incumplidor, sino como un medio de protección para el perjudicado, que lo es tanto si el incumplimiento es imputable como si no, pues es la ausencia de la contraprestación, y no la causa de esa ausencia, lo que menoscaba su interés”.

⁷¹⁵ “Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

a su completa ejecución⁷¹⁷— deviene excesivamente onerosa como consecuencia de un evento extraordinario e imprevisible, el deudor podrá solicitar la resolución contractual, con los efectos establecidos en el art. 1458 del mismo Código⁷¹⁸.

⁷¹⁶ Para DISTASO, N. (*I Contratti in generale. T. II*. Turín: UTET, 1966, p. 1280) la excesiva onerosidad de la prestación también debe aplicarse a aquellos supuestos en que el diferimento de la prestación se produce precisamente debido a que acontece un evento de carácter imprevisible y extraordinario.

⁷¹⁷ Cfr. TARTAGLIA, P.: “Onerosità eccessiva”, en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto. Vol. XXX*. Varese: Giuffrè, 1980, p. 171 y ROPPO, V.: *Il contratto*, p. 945.

Parece que tanto la doctrina como la jurisprudencia (V. CIRIELLI, S.E.: “Eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione contrattuale”, en AA.VV.: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. I Precedenti. La formazione giurisprudenziale del Diritto Civile. T. II*. Milán: UTET, 2000, p. 807) admiten la aplicación de la institución aun cuando la prestación o la contraprestación hayan sido ejecutadas parcialmente, pues hasta que no se produce la completa ejecución, la obligación no se extingue. En ese caso, según GALLO, P. (*Contratto e buona...*, p. 647), la excesiva onerosidad solo resultará aplicable a la parte de la prestación no ejecutada (siempre que esta resulte divisible jurídicamente, claro está). En contra, en cambio, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 23 de enero de 1948, RICCIO, A.: *Eccessiva onerosità. Libro quarto: Obbligazioni art. 1467-1469*. Dentro de la colección Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca. A cargo de Francesco Galgano. Bolonia/Roma: Zanichelli Editore Bologna/Il Foro italiano Roma, 2010, p. 65.

⁷¹⁸ Lo único que establece el art. 1458 del Código civil italiano es que la resolución contractual tiene efectos retroactivos salvo que nos encontremos ante contratos de ejecución continuada o periódica, en cuyo caso la resolución solo afectará a las prestaciones aún no ejecutadas. A pesar de que en el art. 1458 se regulan los efectos de la resolución contractual por incumplimiento y ello pudiera hacernos concluir que el Código vincula la figura de la resolución contractual a los incumplimientos imputables, lo cierto es que la remisión del art. 1467 al art. 1458 ya demuestra la neutralidad de la figura de la resolución en el derecho italiano. También es prueba evidente de esta neutralidad que la resolución contractual sea la solución prevista en ese ordenamiento para los supuestos de imposibilidad sobrevenida e inimputable de la prestación (V. al respecto el art. 1463 de dicho Código).

Sobre esta cuestión, v. SCOGNAMIGLIO, R.: “Contratti in generale” en AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, dirigido por Giuseppe Grosso y Francesco Santoro-Passarelli. Milán: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1991, p. 274 y GALGANO, F.: *Corso di diritto civile. Il contratto*. Padova: Cedam, 2007, pp. 517 y 518.

Las diferencias entre la resolución ante el incumplimiento imputable, ante la excesiva onerosidad y ante la imposibilidad de la prestación son excelentemente expuestas por MESSINEO, F. (*Doctrina general del contrato. T. II*. Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Notas de Derecho Argentino: Vittorio Neppi. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1952, pp. 398 a 400): “Entre la resolución por excesiva onerosidad y la resolución por incumplimiento existen diferencias:

La primera no supone un incumplimiento sino una situación que podría determinar el incumplimiento; la segunda supone un incumplimiento ya en acto y determinado como tal o, por lo menos, una mora solvendi. La primera es concebible también en el contrato con prestación de una sola parte; la segunda actúa solamente en el contrato con prestaciones recíprocas. La primera se determina por una situación objetiva; la segunda depende de un propósito deliberado de incumplimiento (elemento intencional). (...)

También es distinta la resolución por excesiva onerosidad (dificultad en el cumplimiento) y la resolución por imposibilidad (imposibilidad del cumplimiento): La primera situación es referible solamente a los contratos con prestaciones recíprocas; la segunda, también a los contratos con prestación de una sola parte (art. 1468 CC), aunque el remedio no sea la resolución, hay un remedio”.

En el segundo apartado de dicho artículo se establece que la resolución no puede ser solicitada si la onerosidad sobrevenida forma parte del álea normal del contrato y, por último, en el tercer párrafo del artículo, se concede al acreedor el derecho a evitar la resolución ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones contractuales.

En el art. 1468⁷¹⁹, por su parte, se regula la excesiva onerosidad en los contratos con obligaciones a cargo de solo una de las partes. En ese caso, establece el artículo que la solución al problema reside en una reducción de la prestación o bien en una modificación de las condiciones contractuales. Por último, en el art. 1469 del Código civil italiano se establece que lo dispuesto en los arts. 1467 y 1468 no será aplicable a los contratos aleatorios, ya lo sean por naturaleza propia o por voluntad de las partes.

A simple vista, de la regulación establecida en los arts. 1467 a 1469 Código civil italiano pueden extraerse las siguientes conclusiones: a) el desencadenante para la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad debe ser un evento sobrevenido, imprevisible y extraordinario; b) la excesiva onerosidad solo es aplicable a los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida; c) la consecuencia típica en la aplicación de la excesiva onerosidad es la resolución contractual; d) la resolución contractual solo puede ser evitada en la medida en que el acreedor de la prestación excesivamente onerosa ofrezca una modificación del contrato que lo reconduzca a la equidad (consecuencia secundaria de la excesiva onerosidad); e) en los contratos con obligaciones a cargo de solo una de las partes, la consecuencia de la excesiva onerosidad no es la resolución contractual sino la reducción de la prestación o la modificación de las condiciones contractuales y, por último, f) la aleatoriedad excluye la aplicación de la figura.

Estas conclusiones preliminares presentan algunos interrogantes de obligada respuesta si se pretende comprender la operatividad y fundamento de la figura. En primer lugar, debe establecerse si la excesiva onerosidad encuentra su fundamento en el elemento de la causa y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, debe determinarse cómo encaja ese fundamento con la posibilidad de aplicar la figura a los contratos con obligaciones a

⁷¹⁹ “Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità”.

cargo de solo una de las partes. Como es obvio, en este punto debemos preguntarnos qué debe entenderse por excesiva onerosidad. En segundo lugar, aunque continuando con los problemas causales, debe determinarse por qué y hasta qué punto la institución de la excesiva onerosidad no es aplicable a los contratos aleatorios. En tercer lugar, en lo referente a los requisitos, es necesario averiguar el alcance de la exigencia de que el cambio de circunstancias sea imprevisible y a causa de un evento de carácter extraordinario. Por último, debe establecerse cómo juega la modificación equitativa de las circunstancias contractuales en relación con la solución prioritaria al problema de la excesiva onerosidad, esto es, la resolución del contrato.

5.7.1 Fundamento y medida de la excesiva onerosidad

En el derecho italiano, al regularse expresamente la figura de la excesiva onerosidad, no resulta imperativo cuestionarse cuál es su fundamento. La discusión sobre la naturaleza jurídica de la excesiva onerosidad podría zanjarse simplemente afirmando que dicha naturaleza se encuentra en el reconocimiento que el legislador hace de la institución. Sin embargo, como es obvio, tal afirmación, además de simplista, prescinde de la importancia que tiene siempre conocer la naturaleza de las instituciones como medio de mejor entender su ámbito de aplicación.

La excesiva onerosidad de la prestación, a priori, tiene un claro fundamento objetivo⁷²⁰. La figura no se basa en una condición implícita de las partes ni se relaciona con los vicios del consentimiento⁷²¹. La excesiva onerosidad tiene su fundamento en la desproporción de las prestaciones, en sí mismas consideradas o en relación con el equilibrio contractual establecido por las partes. De este modo, la onerosidad es excesiva en la medida en que la desproporción entre las prestaciones no pueda considerarse comprendida en el álea normal del contrato o, lo que es lo mismo, cuando la onerosidad

⁷²⁰ Expone VESSICHELLI, A. (“La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. III: I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*. Dirigo por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín: UTET, 1999, pp. 2391 y 2392) que en la doctrina italiana la figura de la excesiva onerosidad se relaciona con el equilibrio contractual, la repartición del riesgo y la buena fe en sentido objetivo.

⁷²¹ Así lo recoge AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, pp. 43 a 51.

sea tan desproporcionada (en cualquiera de los sentidos) que la causa del contrato quede alterada⁷²².

En cuanto a lo que debe considerarse excesiva onerosidad de la prestación, la ley no ha fijado, con acierto, cuál es el criterio exacto para esa determinación. Lo que debe entenderse por excesiva onerosidad, por lo tanto, debe determinarse caso por caso en atención a cuál fue el equilibrio establecido por las partes y a cómo ese equilibrio se ha visto excesivamente alterado considerando las características de las partes, del mercado en el que estas operan, así como del tipo contractual de que se trate y del riesgo específicamente asumido. Otra cuestión a determinar en relación con lo que debe entenderse por excesiva onerosidad es si es posible que esta se mida en relación con la contraprestación —aún no completamente ejecutada—, porque esta vea muy disminuido su valor (onerosidad indirecta)⁷²³, o solamente porque, en sí mismo considerada, la

⁷²² Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2..., pp. 1061 a 1063.

En el derecho italiano, GALGANO, F. (*El negocio jurídico*, p. 486) afirma que en los contratos con “causa típica de cambio”, la excesiva onerosidad provoca un defecto funcional de la causa. En este sentido también, GABRIELLI, E.: “Il rischio contrattuale”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. I: I contratti e i fenomeni negoziali*. Dirigido por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín: UTET, 1991, p. 661; VESSICHELLI, A.: “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. IV: Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*. Dirigido por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín: UTET, 1991, pp. 969 a 993, p. 976 y TARTAGLIA, P.: “Onerosità eccessiva...”, p. 159.

Como establece BIANCA, C.M. (*Diritto Civile. T. III.: Il Contratto*. Milán: Giuffrè, 1984, pp. 423 a 425) en la doctrina italiana prevalece la causa como función económico-social del contrato, sin que se prescinda por ello de la noción de causa concreta del negocio.

⁷²³ Nótese como en la doctrina (V. por ejemplo, CIRIELLI, S.E.: “Eccessiva onerosità sopravvenuta...”, pp. 803 y 804) se contempla incluso la posibilidad de aplicar la figura ante una devaluación monetaria que haga irrisorio el precio pactado en relación con el valor del bien. Obviamente, la devaluación monetaria debe tener el carácter de imprevisible y extraordinaria.

ROPPO, E. (“La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *Casi e questioni di diritto privato. Vol. V: Obbligazioni e contratti*. Dirigido por Mario Bessone. 7ª Ed. Milán: Giuffrè Editore, 1993, pp. 163 a 183) menciona distintos supuestos en los que la jurisprudencia acepta la aplicación de la doctrina de la excesiva onerosidad ante la devaluación de la contraprestación.

En opinión de MACARIO, F. (“La risoluzione per eccessiva onerosità”, en AA.VV.: *Diritto Civile. Vol. III: Obbligazioni. T. II: I contratti in generale*. Dirigido por Nicolás Lipari y Pietro Rescigno y coordinado por Andrea Zoppini. Milán: Giuffrè Editore, 2009, p. 1197) la inflación en sí misma considerada nunca puede ser un elemento extraordinario e imprevisible. Lo que puede tener tal carácter en todo caso es la magnitud de la inflación y su afectación al contrato en un determinado caso. También así se pronuncian TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*. 10ª Ed. Milán: Giuffrè Editore, 2009, p. 633.

En este sentido, expone RUBINO, D. (“Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità”, en AA.VV.: *Studi Giuridici*. Milán: Giuffrè Editore, 1970, p. 252) que la devaluación de la

prestación es en términos económicos de muy difícil cumplimiento (onerosidad directa)⁷²⁴. Por otra parte, la aplicación de la excesiva onerosidad exige que la ejecución de la prestación que ha devenido excesivamente onerosa no haya sido ejecutada en su integridad (la ejecución extingue la obligación e impide su excusa). Además, en el supuesto en que la excesiva onerosidad de la prestación se mida en relación con la contraprestación, también se exige que esta última no haya sido completamente ejecutada⁷²⁵.

Nótese que si el requisito de la inexecución se aplica a los contratos en los que el consentimiento contractual tiene efectos traslativos o reales, la figura de la excesiva onerosidad no podrá aplicarse por más que no se haya entregado la posesión material del

moneda provocada por una guerra no puede ser considerada como una circunstancia extraordinaria (en la medida en que se trata de una consecuencia normal derivada de la propia existencia de una guerra). Ello no impide, sin embargo, la aplicación de la figura de la excesiva onerosidad en la medida en que el factor que ha provocado la devaluación monetaria sí es extraordinario.

Además, sobre la relación entre la normativa contenida en los arts. 1467 a 1469 del Código Civil italiano y el principio nominalístico en el derecho italiano, v. QUADRI, E.: “Le obbligazioni pecuniarie”, en AA.VV.: *Trattato di Diritto Privato. Vol. 9: Obbligazioni e contratti. T. I.* Dirigido por Pietro Rescigno. Turín: UTET, 1984, pp. 464 a 469.

⁷²⁴ Afirma ROPPO, v. (*Il contratto...*, pp. 949 a 952) que la jurisprudencia no solo reconoce la excesiva onerosidad directa, sino también la indirecta, esto es, en relación con la contraprestación.

⁷²⁵ Este es, según OBERTO, G. (*La cause in materia di obbligazione*. Milán: Giuffrè Editore, 1994, p. 375), el sentir mayoritario de la jurisprudencia italiana: “D'altro canto, la giurisprudenza tende a respingere anche la domanda di risoluzione proposta da chi non ha ancora adempiuto, ma ha ricevuto a sua volta la propria prestazione, dal momento che chi agisce ha pur sempre ricevuto l'adempimento in un'epoca in cui il valore di tale prestazione ricevuta non era ancora risultato eccessivamente squilibrato rispetto a quello della prestazione che egli avrebbe dovuto ancora effettuare”.

Expone RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità. Libro quarto: Obbligazioni art. 1467-1469*. Dentro de la colección Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca. A cargo de Francesco Galgano. Bolonia/Roma: Zanichelli Editore Bologna/Il Foro italiano Roma, 2010, p. 65) que en el supuesto de que la contraprestación ya haya sido completamente ejecutada, debería aplicarse el art. 1468 Código Civil italiano, dedicado, como ya se ha expuesto, a los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes.

GABRIELLI, E. (*L'Eccessiva onerosità sopravvenuta*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 55) expone que es posible que el deudor alegue la excesiva onerosidad cuando ya haya cumplido su propia prestación si la excesiva onerosidad viene dada por el menor valor de la contraprestación que aún debe recibir y que, por lo tanto, no ha sido ejecutada.

Así también, en GABRIELLI, E. (“La risoluzione per eccessiva onerosità”, en AA.VV.: *I contratti in generale. T. II*. 2ª Ed. Turín: UTET, 2006, p. 1828): “In termini speculari vale la regola per cui lo svilimento della prestazione, verificatosi successivamente al suo adempimento, non rende onerosa la contraprestazione ancora da eseguire. Mentre, per quanto la legge non lo menzioni esplicitamente, il sopravvenuto svilimento della controprestazione attesa dal creditore viene equiparato alla sopravvenuta onerosità della prestazione non ancora eseguita dal debitore”.

bien, salvo que la transferencia de la propiedad se haya sometido a condición o término, lo que ciertamente restringe mucho la aplicación de la figura⁷²⁶. Quizás por ello, parte de la doctrina⁷²⁷ (y también cierta jurisprudencia italiana⁷²⁸) cree que, en supuestos de onerosidad directa, aunque la contraprestación ya haya sido totalmente ejecutada, si el contrato es bilateral y oneroso y la prestación aún no ejecutada deviene excesivamente onerosa, debe resultar de aplicación el art. 1467. Sin duda, a favor de esta interpretación puede alegarse el tenor literal del artículo, en el que no parece exigirse que la contraprestación no haya sido ejecutada para la alegación y aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación. Por otra parte, en supuestos de onerosidad indirecta, parte de la doctrina cree que la aplicación del art. 1467 tampoco debería denegarse en el supuesto en que la prestación del deudor ya haya sido ejecutada. Lo que debe exigirse en su caso es la inejecución de la contraprestación que ha visto disminuido su valor. Al fin y al cabo, si la onerosidad es indirecta, lo es a consecuencia de la minusvaloración de la contraprestación y no de la prestación⁷²⁹.

Sea como sea, en cualquier caso, la excesiva onerosidad debe medirse en contexto con el mercado en el que se inserta la prestación y el contrato. No basta, por supuesto, con que se demuestre que la otra parte puede ejecutar su prestación a un coste mucho menor del estipulado, de tal modo que la propia prestación es, en relación con los costes reales de la contraprestación, excesivamente onerosa⁷³⁰. Así, por ejemplo, en los contratos con obligaciones sinalagmáticas, debe valorarse si el cumplimiento de la prestación es en sí mismo excesivamente oneroso pero también cuál fue la relación de equivalencia establecida entre las partes. Debe valorarse cómo ha incrementado la onerosidad de la prestación con respecto al momento de la perfección del contrato y, en segundo lugar, una vez se determina que esta es excesiva, cuál fue la relación de equivalencia establecida

⁷²⁶ V. GALLO, P.: *Contratto e buona fede: Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Milán: UTET Giuridica, 2009, pp. 629 y 630; TORRENTE, A y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto...*, p. 632 y LISERRE, A.: *Lezioni di Diritto Privato*. 2ª Ed. Milán: Giuffrè Editore, 2009.

⁷²⁷ Cfr. BIANCA, C. M.: *Diritto civile. T. V: La responsabilità*. Milán: 1994, p. 393.

⁷²⁸ Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 13 de diciembre de 1980 (nº 6470-Foro it. , 1981, I, 713).

⁷²⁹ Expone esta teoría RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità...*, pp. 149 a 156), aunque reconoce que la jurisprudencia no la sigue.

⁷³⁰ Cfr. ROPPO, V. (*Il contratto...*, p. 952)

por las partes⁷³¹. Y ello por dos razones: en primer lugar, son las partes quienes libremente deciden cuál es la equivalencia pretendida (siempre que se respeten los mínimos exigidos para que se pueda afirmar que la causa del contrato es onerosa) y, en segundo lugar, la excesiva onerosidad puede venir provocada por una comparación con la contraprestación o solamente en sí mismo considerada, aunque siempre atendiendo a si la onerosidad ya era excesiva en el momento de contratar y a cuáles fueron los riesgos asumidos por las partes (lo que obligará en cualquier caso a una comparación con la contraprestación).

Si la excesiva onerosidad de la prestación viene provocada por la ruptura de la equivalencia entre las prestaciones (lo que no siempre parece exigirse)⁷³², la jurisprudencia italiana ha establecido que siempre resulta necesario un agravio de la posición deudora (que puede provocar un beneficio o no para el acreedor), ya sea por un aumento de los costes de la propia prestación o por la disminución de valor de la contraprestación. No basta, en efecto, con que una cambio extraordinario e imprevisible de circunstancias provoque ventajas para el acreedor si ello no provoca una mayor onerosidad (excesiva) para el deudor⁷³³.

La regulación de la excesiva onerosidad en el Código civil italiano puede tener su fundamento en la causa pero ello no necesariamente es así ni puede darse por hecho⁷³⁴.

⁷³¹ Así lo expone DELFINI, F.: *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milán: Giuffrè editore, 1999, pp. 213 y 214.

En este sentido también, TRABUCCHI, A.: *Istituzioni di Diritto Civile*. 40ª Ed. Padova: Cedam, 2001, p. 724.

⁷³² RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità*, pp. 138 y 139) cree posible aplicar la excesiva onerosidad incluso aunque la contraprestación haya aumentado de valor y siga existiendo un mínimo equilibrio contractual.

⁷³³ Cfr. GALLO, P.: *Contratto e buona...*, p. 653.

⁷³⁴ Nótese como incluso algunos autores (V. por ejemplo a CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: “Comentarios a los...”, p. 1382) consideran que es posible aplicar la figura a pesar de que no se rompa el equilibrio entre las prestaciones pero, aun así, el cumplimiento de una de ellas resulte excesivamente oneroso.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo italiano en su sentencia de 25 de mayo de 2007, n.12235, que recoge RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità*, p. 27): “Questa tesi è stata recentemente accolta dalla Cassazione, la quale ha statuito che l’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (...) non incide sulla causa del contratto, non impediendo l’attuazione dell’interesse con esso concretamente perseguito, ma trova diversamente fondamento nell’esigenza di contenere entro limiti di normalità l’alea dell’aggravio economico della prestazione, salvaguardando cioè la parte del rischio di un relativo eccezionale aggravamento economico erivante da gravi causa di turbamento dei rapporti socio-economici”.

La mejor prueba de ello la encontramos en lo dispuesto en el art. 1468 del Código civil italiano: la excesiva onerosidad también es posible en los contratos unilaterales. Y ello demuestra, insistimos, que en el derecho italiano la excesiva onerosidad puede provocar un problema causal (en aquellos casos en que se rompa la relación de equivalencia entre prestaciones) pero también que esta figura es, sin necesidad de emparentarse con un problema causal del contrato, un límite autónomo al cumplimiento de la prestación, como lo es también la imposibilidad inimputable⁷³⁵.

Nótese, de hecho, como en los contratos de carácter oneroso pero con prestaciones no recíprocas, la excesiva onerosidad debe medirse a través de la desproporción que existe entre la prestación del deudor y la ventaja a obtener a través del cumplimiento (y no a través de una obligación consistente en un deber de prestación recíproco)⁷³⁶ o incluso sin considerar la ventaja en el cumplimiento, sino tan solo atendiendo a los esfuerzos a realizar por el deudor⁷³⁷.

Nótese como algunos autores (V. por ejemplo a DISTASO, N.: *Il Contratti in...*, pp. 1270 y 1271) afirman que el fundamento de la figura siempre se encuentra en la causa del contrato, lo que excluye la aplicación de la excesiva onerosidad a los contratos a título gratuito y de carácter asociativo.

⁷³⁵ Esta conclusión viene confirmada por el art. 2058 del Código civil italiano, en el que se permite que el deudor incumplidor no cumpla con su prestación *in natura* sino por el equivalente cuando el cumplimiento específico sea excesivamente oneroso.

El tenor literal del art. 2058 es el siguiente: “Risarcimento in forma specifica

Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”.

Sobre la excesiva onerosidad de la prestación como límite al cumplimiento V. BESSONE, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*. Milán: Giuffrè, 1969, pp. 391 a 403.

Sobre las diferencias entre la excesiva onerosidad y la imposibilidad de la prestación en el derecho italiano, v. MOSCO, L.: “Impossibilità sopravvenuta della prestazione”, en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XX. Varese: Giuffrè, 1970, pp. 405 a 440.

La compatibilidad de estos límites con el principio *pacta sunt servanda* son analizados por PERLINGIERI, P.: “Nuovi profili del contratto”. *Riv. Crit. Dir. Priv.*, anno XIX, 2-3/2001, pp. 223 a 246.

⁷³⁶ Para ilustrar este fenómeno, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (*La alteración de...*, p. 41) cita el contrato de sociedad. Debe señalarse aun así que gran parte de la doctrina italiana (V. MACARIO, F.: “La risoluzione per...”, p. 1197, con cita de otros autores) rechaza que la institución de la excesiva onerosidad sea aplicable a contratos con causa asociativa.

⁷³⁷ Así, TARTAGLIA, P.: *Eccessiva onerosità ed appalto*. Milán: Giuffrè Editore, 1983, p. 33.

Ello podría llevarnos a concluir que no existe ninguna razón para no aplicar la figura a los contratos con obligaciones sinalagmáticas a pesar de que no se rompa la relación de equivalencia si aun así puede considerarse que una de las prestaciones es, en sí misma considerada, excesivamente onerosa (porque por ejemplo los gastos de ejecución superen su valor objetivo)⁷³⁸. Y, de este modo, si la figura no está destinada en exclusiva a los contratos con obligaciones recíprocas y ni tan siquiera (aunque esto se discute) a los contratos con causa onerosa, también resultará aplicable la excesiva onerosidad a los contratos con obligaciones sinalagmáticas incluso cuando no haya una ruptura de la relación de equivalencia. La aplicación de la figura solo exigirá, como afirmábamos, una excesiva onerosidad de la prestación en relación con la ventaja a obtener por el acreedor o incluso en sí misma considerada.

No puede dejar de señalarse, sin embargo, que parte de la doctrina italiana sí considera que el fundamento tanto del art. 1467 como del 1468 se encuentra siempre en la equivalencia entre las prestaciones⁷³⁹. Lo que ocurre, según expone este sector doctrinal, es que mientras el art. 1467 se encarga de la regulación de aquellos contratos en el que surgen obligaciones para ambas partes (enlazadas causalmente), el art. 1468 se encarga de aquellos contratos en los que surgen obligaciones solo a cargo de una de las partes pero en los que ya ha habido una carga o contraprestación anterior a la perfección del contrato en virtud de la cual el deudor, precisamente, ha aceptado obligarse. Para estos autores, lógicamente, la clave en la aplicación de la figura se encuentra en la equivalencia de prestaciones (en sentido amplio) y en la onerosidad del contrato (por más que el contrato se califique como unilateral en función de las obligaciones que de él surgen)⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Expone GALLO, P. (*Contratto e buona...*, pp. 649 a 651) que no existe acuerdo en la doctrina italiana sobre esta cuestión. La doctrina mayoritaria exige siempre que la excesiva onerosidad en los contratos sinalagmáticos provoque una ruptura de la equivalencia entre las prestaciones.

⁷³⁹ En este sentido parece pronunciarse MIRABELLI, G.: “Comentario a los arts. 1467 a 1469 del Código Civil italiano”, en AA.VV.: *Commentario del Codice Civile. Libro IV. T. II. Título II: Dei Contratti in Generale*. 2ª Ed. Turín: UTET, 1967, p. 583.

⁷⁴⁰ RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità*, p. 473) expone esta postura en detalle.

Expone este autor (*Ibidem*, pp. 474 y 475) como otro sector de la doctrina defiende la aplicación del art. 1468 también (o solamente) a los contratos unilaterales gratuitos.

5.7.2 La aleatoriedad y la excesiva onerosidad

Como ya se ha adelantado, en el art. 1469 del Código civil italiano se establece que lo dispuesto en los arts. 1467 y 1468 no será aplicable a los contratos aleatorios, ya lo sean por naturaleza propia o por voluntad de las partes. Por su parte, el artículo 1467 también excluye la aplicación de la excesiva onerosidad cuando esta forme parte del álea normal del contrato⁷⁴¹.

A nuestro juicio, las menciones a los contratos aleatorios contenidas en los arts. 1467 y 1469 del Código civil italiano esconden una diferente acepción de aleatoriedad. En el art. 1469 se excluye la propia figura de la excesiva onerosidad en los contratos que legalmente, por su propia naturaleza, puedan calificarse como contratos aleatorios o bien en aquellos supuestos en que las partes, aunque el contrato no pueda calificarse como aleatorio, hayan excluido expresamente la aplicación de la figura; mientras que en el art. 1467, cuando se especifica que la excesiva onerosidad no producirá efecto alguno en el régimen de cumplimiento del contrato cuando esta forme parte del álea normal del mismo, se está haciendo referencia a si las partes implícita o explícitamente han asumido la posibilidad de que la prestación de alguna o de ambas partes pudiera tornarse excesivamente onerosa⁷⁴². Esta asunción de riesgo, denominada alea normal en el art. 1467, no puede equipararse a la necesidad de que el cambio de circunstancias sea imprevisible. La aplicación del art. 1467 exige la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, de un lado y, de otro lado, como añadido, que las partes no deban asumir

⁷⁴¹ Expone GUILARTE ZAPATERO, V. (“Comentario al art. 1790 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones formales. T. XXII, Vol. I*. Madrid: Edersa, 1982, pp. 321 y 322) que “(...) ha adquirido cierto predicamento, sobre todo entre los autores italianos, el criterio de formular el concepto de contrato aleatorio poniendo el acento en la distinción entre el riesgo propio y el común que existe en todo contrato; se toma en cuenta para ello el contenido del artículo 1.467 del Código que, al señalar la inaplicabilidad de la rescisión por excesiva onerosidad cuando aparece comprendida en el alea normal del contrato, parece pensar en otra alea distinta a aquélla”.

⁷⁴² Así lo entiende DELFINI, F.: *Autonomia privata e...*, pp. 198 y 199.

En este sentido, también MIRABELLI, G.: “Comentario a los...”, pp. 588 a 590.

Aboga BESSONE, M. (*Adempimento e rischio...*, pp. 638 y 639) por atender principalmente a cuál es el tipo contractual de que se trate para, a partir de ahí, delimitar la esfera de riesgo que debe cubrir cada parte. También menciona la necesidad de tener en cuenta la buena fe debida, advirtiendo sin embargo que este criterio no debe servir para que los jueces decidan cuál debe ser el riesgo asumido por las partes sin atender a criterios objetivos. Así también ROPPO, V.: *Istituzioni di Diritto Privato*. Bolonia: Monduzzi Editore, 1994, p. 557.

el riesgo de esa mayor excesiva onerosidad en función de las circunstancias presentes al momento de contratar y de la causa objetiva y concreta del contrato⁷⁴³.

En relación con la aleatoriedad de la que trata el art. 1469, cabe preguntarse si en este artículo se excluye por completo la aplicación de la excesiva onerosidad a los contratos con causa aleatoria o si, en cambio, en determinadas circunstancias, esta figura sí es aplicable a pesar de la aleatoriedad del contrato. En la doctrina italiana, parece que se apuesta por la aplicación de la institución también a los contratos aleatorios en la medida en que el cambio de circunstancias y su resultado, la excesiva onerosidad, no se relacionen con los elementos aleatorios del contrato (lo que resultará ciertamente difícil por otra parte⁷⁴⁴).

5.7.3 *Imprevisibilidad y extraordinariedad del cambio de circunstancias*

De forma tajante establece el art. 1467 que la excesiva onerosidad debe venir provocada por un cambio de circunstancias imprevisible y extraordinario. Este requisito exige que se resuelvan dos cuestiones: de un lado, cuál es la relación entre la excesiva onerosidad y el cambio (imprevisible y extraordinario) de circunstancias y, de otro lado, qué debe entenderse por imprevisible y por extraordinario.

En cuanto a la primera de las anteriores cuestiones, parece evidente que la relación entre el evento de carácter imprevisible y extraordinario y la excesiva onerosidad es de causa-efecto. El cumplimiento, que no era excesivamente oneroso a la perfección del contrato, se torna tal como consecuencia de un evento imprevisible y extraordinario. La

⁷⁴³ En este sentido se pronuncia GABRIELLI, E. (“Il rischio contrattuale”, p. 631), quien además apuesta por que sea el juez el encargado de valorar en cada caso cuál es el riesgo o alea natural en el que se inserta cada contrato.

Uno de los criterios a tener en cuenta por el juez para valorar si el cambio de circunstancias afecta al álea normal del contrato es el tipo contractual de que se trate. Cfr. GABRIELLI, E.: “La risoluzione per eccessiva onerosità”, en GABRIELLI, E.: *Contratto e contratti: Scritti*. Turín: UTET, 2011, pp. 244 a 248.

Este autor también expone esta teoría, ampliamente, en GABRIELLI, E.: *L'Eccessiva onerosità sopravvenuta...*, p. 30.

Como pone de manifiesto GALLO, P. (*Contratto e buona...*”, pp. 643 y 644), el hecho de que en el Código Civil italiano no se incluya un concepto de contrato aleatorio provoca que haya que analizar caso por caso hasta qué punto la aleatoriedad del contrato excluye la aplicabilidad de la excesiva onerosidad.

⁷⁴⁴ En este sentido, ROPPO, V.: *Il contratto...*, pp. 960 y 961.

exigencia de esta relación causal excluye, en primer lugar, la posibilidad de que el art. 1467 pueda aplicarse a contratos cuyo cumplimiento ya resultaba excesivamente oneroso en el momento de su perfección (salvo, claro está, que la onerosidad se torne excesiva en relación con la establecida a la perfección y como consecuencia de un cambio de circunstancias) y, en segundo lugar, (excluye) la posibilidad de que pueda aplicarse la institución a supuestos en que las partes tengan alguna responsabilidad en la causación de la excesiva onerosidad. Tanto es así, que parte de la doctrina cree que debe excluirse la aplicación de la figura en cualquier supuesto en que el deudor haya incurrido en algún incumplimiento (incluida la mora *solvendi*) con anterioridad a que aconteciera el evento que provoque la excesiva onerosidad de la prestación⁷⁴⁵.

Por otro lado, a pesar del uso del término imprevisible (lo que parece objetivizar totalmente este requisito), lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen haber dulcificado esta exigencia, entendiendo por cumplido este requisito cuando, en atención a la capacidad de previsión del contratante medio y la situación de mercado en la que se inserta el contrato, la previsibilidad del cambio de circunstancias o de su gravedad o duración, no fuera exigible⁷⁴⁶.

A pesar de lo que parece derivarse del nombre del requisito, lo que debe ser previsible por un contratante medio no puede desconectarse, sin embargo, de criterios que deben ser tenidos en consideración específicamente según las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, como el grado de conocimiento de las partes del mercado en el que operan o los términos de la negociación mantenida por las partes, etc⁷⁴⁷. El

⁷⁴⁵ En este sentido VESSICHELLI, A.: “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. IV...*, p. 983; RICCIO, A.: *Eccessiva onerosità...*, p. 290; TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto Privato*. 5ª Ed. Milán: Giuffrè Editore, 1981, pp. 378 y 379 y CARNEVALI, U.: “La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. L’ambito di applicazione”, en AA.VV.: *Istituzioni di Diritto Privato*. 17ª Ed. Milán: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 743.

⁷⁴⁶ Así lo expone VESSICHELLI, A.: “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. III...*, p. 2393.

Al respecto, establece GRANIERI, M. (*Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milán: Giuffrè, 2007, p. 322): “In maniera omogenea, la dottrina è orientata a ritenere che il giudizio debba effettuarsi in concreto, essendo in astratto tutto prevedibile”.

Expone RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità*, pp. 60 a 63) que para la inaplicación de la excesiva onerosidad no basta el mero retraso en el cumplimiento. Es necesario que el deudor se haya constituido formalmente en mora a través del requerimiento del acreedor.

⁷⁴⁷ Así lo expone RICCIO, A. (*Ibidem*, pp. 183 y 184).

cumplimiento del requisito de la imprevisibilidad exige que se compare el grado de especificidad del evento ocurrido, así como el grado de probabilidad de que aconteciera, siendo la relación entre ambos elementos inversamente proporcional: cuanto mayor especificidad del evento acontecido, menor probabilidad de que aconteciera y más fácilmente calificable como imprevisible. Inversamente, cuanto mayor es la generalidad del evento, mayor es la probabilidad de que aconteciera y más difícilmente podrá ser calificado como imprevisible⁷⁴⁸.

También es necesario que la imprevisibilidad (medida según los anteriores criterios) alcance a las consecuencias que provoca. Nótese, en efecto, que si la excesiva onerosidad era previsible o debía ser prevista (con independencia de que el evento en cuestión no lo fuera) ya no puede resultar de aplicación la figura en la medida en que la excesiva onerosidad entra en el álea normal del contrato (párrafo 2º del art. 1467)⁷⁴⁹. La jurisprudencia italiana ha establecido que la imprevisibilidad no solo se refiere a la verificación del acontecimiento en cuestión sino también a la dimensión de sus consecuencias⁷⁵⁰.

En cuanto al requisito de la extraordinariedad del evento, la doctrina pone de manifiesto que este elemento no coincide con la exigencia de que el cambio de circunstancias sea imprevisible. Nótese que un evento ordinario puede ser imprevisible y, viceversa, un evento extraordinario puede ser previsible (aunque este último suceso es más raro). Tal y como ocurre en España con la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, la legislación italiana parece exigir ambos elementos: no basta con que un evento sea imprevisible: además es necesario que sea de carácter extraordinario⁷⁵¹.

⁷⁴⁸ Cfr. ROPPO, V.: *Il contratto...*, pp. 953 a 955.

⁷⁴⁹ De este modo lo entiende también, DELFINI, F.: *Autonomia privata e...*, p. 219.

⁷⁵⁰ ALPA, G. (*Istituzioni di Diritto Privato*. 2ª Ed. Turín: UTET, 1997, p. 902) cita la sentencia del Tribunal Supremo italiano con referencia CASS. N. 2116/1952.

⁷⁵¹ Cfr. VESSICHELLI, A.: “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV: *I contratti in generale. Vol. IV...*, p. 976.

CHINÉ, G. y ZOPPINI, A. (*Manuale di Diritto Civile*. 2ª Ed. Coordinado por Marco Fratini. Roma: Nel diritto Editore, 2011, p. 1258) creen, siguiendo a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de octubre de 2006 (Cass. N° 22396), que el requisito de la extraordinariedad debe medirse con criterios objetivos, atendiendo a la frecuencia y dimensión del evento. La imprevisibilidad, en cambio, posee un fundamento subjetivo unido a la posibilidad del conocimiento humano. En este mismo sentido, TARTAGLIA, P.: *Eccessiva onerosità ed...*, p. 45.

5.7.4 Consecuencias de la aplicación de la figura

La consecuencia primaria de la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación es la resolución del contrato (con efectos retroactivos si el contrato es de tracto único y sin efectos retroactivos si es de tracto sucesivo). En el supuesto de que tenga efectos retroactivos, esta resolución lleva implícita la restitución de las prestaciones con sus frutos e intereses, debiéndose además compensar la bajada de valor de los bienes restituidos con respecto a la perfección del contrato y el posible “enriquecimiento injusto” que el uso de esos bienes ha provocado (nótese que en la medida en que la resolución tiene efectos retroactivos, el uso de esos bienes es injustificado, aunque ello se sepa a posteriori, una vez extinguido el vínculo contractual)⁷⁵².

La resolución contractual no es, sin embargo, la única solución posible. El último párrafo del art. 1467 establece que la parte frente a la que se solicita la resolución puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones contractuales. Y del mismo modo, en el caso de que nos encontremos ante un contrato con obligaciones a cargo de una sola de las partes, el art. 1468 ya no establece la resolución como solución al problema. En ese caso deberá reducirse la prestación que ha devenido excesivamente onerosa o bien proceder a la modificación equitativa del contrato por parte del juez⁷⁵³. Si la prestación que ha devenido excesivamente onerosa no es reducible ni de cualquier otro modo modificable, la excesiva onerosidad debe asimilarse entonces a la imposibilidad de la prestación⁷⁵⁴. A diferencia de lo que ocurre con la imposibilidad, la resolución del contrato en el supuesto de excesiva onerosidad de la prestación no opera de forma

⁷⁵² Expone al respecto RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità...*, p. 404) lo siguiente: “Si é rilevato al riguardo che la parte adempiente ha diritto al ripristino retroattivo delle proprie posizioni e ciò comporta, qualora il bene ricevuto sia diminuito di valore dopo la stipulazione del contratto stesso, che le si deve riconoscere la facoltà di reclamare, a titolo di risarcimento danni, una somma corrispondente al più alto valore della cosa a tale epoca, al fine della ricostituzione della sua situazione patrimoniale nell'originaria consistenza.

Per la stessa ragione, qualora in esecuzione del contratto poi risolto la parte non inadempiente abbia consegnato all'altra un bene che sia stato utilizzato, le si deve riconoscere l'equivalente pecuniario dell'uso e del godimento del bene, per il tempo compreso tra la consegna e la restituzione del medesimo: cioè si deve riconoscere ove il bene fosse rimasto nella sua disponibilità”.

⁷⁵³ Según RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità*, p. 502) esta modificación se configura como un derecho potestativo judicial.

⁷⁵⁴ Cfr. RICCIO, A.. *Ibidem*, p. 504.

automática. Siempre se exige, si no existe acuerdo entre las partes, que el deudor entable una demanda y que, en caso de que el juez aprecie la concurrencia de los requisitos, se determine la resolución del contrato. La falta de demanda y en su caso de resolución del contrato por parte del juez supone la incursión en mora del deudor⁷⁵⁵.

Por último, como avanzábamos, dispone el art. 1467, que el acreedor puede evitar la resolución del contrato mediante el ofrecimiento de una modificación equitativa de las condiciones del contrato.

Si bien la redacción del Código civil italiano no permite averiguar con certeza si el deudor está obligado a aceptar la modificación equitativa del contrato, esta obligación de aceptación por parte del deudor parece obvia en tanto en cuanto la modificación contractual se plantea en el art. 1467 como un derecho del acreedor. De este modo, parece que la excesiva onerosidad otorga al deudor el derecho a la resolución contractual y que, ante ese derecho, el acreedor puede oponerse a través del ofrecimiento de una modificación de las condiciones del contrato si conservar el contrato le resulta más beneficioso que la resolución aunque por ello tenga que pagar un sobreprecio⁷⁵⁶. El uso de este derecho potestativo por parte del acreedor supone, a no ser que se ejercite con carácter subsidiario⁷⁵⁷, la aceptación de la aplicabilidad de la excesiva onerosidad.⁷⁵⁸

El juez, por su parte, deberá rechazar la resolución y modificar el contrato siempre que la modificación ofrecida por el acreedor resulte equitativa y logre eliminar la excesiva onerosidad. Para valorar la equidad de la modificación del contrato parece indudable que el juez deberá solicitar su opinión al deudor. La modificación del contrato no tiene que restablecer el equilibrio inicial. Basta con que se elimine el desequilibrio u onerosidad

⁷⁵⁵ Excelentemente lo expone MESSINEO, F.: *Doctrina general del...*, pp. 398 a 400.

⁷⁵⁶ Establece ROPPO, V. (*Il contratto*, p. 957) que “[l]a riduzione a equità è un diritto potestativo del convenuto in risoluzione, che questi esercita —nel proprio interesse— quando valuta che l’utilità di conservare il contratto valga più del sovrapprezzo che deve sborsare per ridurlo a equità”.

⁷⁵⁷ V. RICCIO, A.: *Eccessiva onerosità...*, p. 245

⁷⁵⁸ De esta opinión es GALLO, P.: *Contratto e...*, p. 666.

En contra se pronuncia RICCIO, A.: *Eccessiva onerosità*, p. 280. Aun así, reconoce este autor (*Ibidem*, p. 280) que es posible que el cambio de circunstancias haya afectado a la base utilizada por las partes para establecer el equilibrio originario del contrato, en cuyo caso no tiene sentido restablecerlo”.

excesiva bajo criterios de mercado⁷⁵⁹ y con que se tenga en consideración la posible devaluación de la moneda⁷⁶⁰. Se trata de reequilibrar el contrato y no de un medio para que el juez decida según la justicia del caso concreto⁷⁶¹. La sentencia por la que se resuelve el contrato (o por la que se modifica el contrato en términos de equidad) es de carácter constitutivo⁷⁶².

No cabe duda de que la modificación del contrato es un derecho que el acreedor puede ejercer aun sin que el deudor esté de acuerdo (aunque si el deudor está de acuerdo, se considerará aceptada la oferta y novado el contrato⁷⁶³). De hecho, la doctrina pone de manifiesto que la jurisprudencia ha aceptado en los últimos tiempos que el acreedor solicite la modificación en abstracto, para que sea el juez el que modifique el contrato⁷⁶⁴, debiendo surtir efectos esa modificación en el momento del pronunciamiento judicial⁷⁶⁵.

⁷⁵⁹ Cfr. GALLO, P.: *Ibidem*, p. 667 y 630.

En contra RICCIO, A.: *Eccessiva onerosità*, p. 239. Expone este autor que el juez debe reconstituir en la medida de lo posible el programa de intercambio previsto por las partes al momento de contratar.

⁷⁶⁰ V. RICCIO, A.: *Il contratto...*, p. 239.

⁷⁶¹ V. RICCIO, A.: *Ibidem*, p. 276 y GABRIELLI, E.: *Doctrina general del contrato. Vol. 1: El contrato y la operación económica*. Traducido por Carlos de Cores. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2009, p. 194.

⁷⁶² V. ROPPO, V.: *Il contratto...*, p. 957 y LISERRE, A.: *Lezioni di Diritto...*, p. 204.

⁷⁶³ Al respecto RICCIO, A. (*Eccessiva onerosità*, p. 239) afirma lo siguiente: “In base a questa tesi, l'altra parte potrebbe dichiarare a sua volta di accettarla; e, se concorrono *hic et inde* i requisiti di legge, potrebbe nascere un accordo contrattuale perfetto a norma dell'art. 1326 cod. civ. Se l'altra parte non accetti, dissenta o resista, l'offerente potrebbe ottenere dal giudice causa cognita una sentenza che produca gli effetti dell'accordo non concluso, analogamente a quanto disposto nell'art. 2932 cod. civ.”.

⁷⁶⁴ V. por ejemplo, NANNA, C. M.: *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*. Milán: Cedam, 2010, p. 172.

Sobre los poderes de interpretación e integración del juez y sus límites, v. GRONDONA, M: *Diritto Dispositivo Contrattuale: Funzioni, Usi, Problemi*. Turín: G. Giappichello Editore, 2011, pp. 369 a 433.

Afirma SCARPELLO, A. (*La modifica unilaterale del contratto*. Milán: Cedam, 2010, pp. 19 y 20) que la modificación del contrato por parte del juez supone una invasión en las facultades de las partes.

⁷⁶⁵ SCARPELLO, A.: *Ibidem*, p. 23.

Lógicamente también se ha aceptado que el juez complete o modifique la oferta del acreedor⁷⁶⁶. Lo que parece vedado al juez es la modificación del contrato de oficio⁷⁶⁷.

En lo referente a los contratos con obligaciones a cargo de una sola de las partes, se ha señalado que el legislador no ha optado por la resolución porque ello supondría dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato. A nuestro juicio, sin embargo, la exclusión en este caso de la resolución tiene una más fácil explicación en la falta de conmutatividad de estos contratos⁷⁶⁸. No puede dejar de señalarse, en efecto, que si la solución a la excesiva onerosidad fuera la extinción de la obligación del deudor, ello no provocaría un resultado neutro, pues es posible que el acreedor ya haya satisfecho una carga o precio a cambio de la obligación unilateral⁷⁶⁹. En este caso, el deudor de la prestación puede optar entre una reducción de su prestación o en una modificación de las condiciones de ejecución. Parece que la opción es libre para el deudor. Lo relevante será que la modificación del contrato (a través de la reducción de la prestación o del cambio de las condiciones de ejecución) suponga eliminar la excesiva onerosidad⁷⁷⁰.

Por último, no puede dejar de señalarse que algunas voces en la doctrina italiana apuntan que la verdadera distinción entre el arts. 1467 y 1468 del Código Civil italiano no reside tanto en el carácter bilateral o unilateral del contrato sino en la determinación de si el contrato aún no ha entrado en fase de ejecución (porque ninguna de las prestaciones ha sido cumplida), en cuyo caso resulta de aplicación el art. 1467, o de si sí ha entrado en esa fase de ejecución (porque una de las prestaciones ya ha sido ejecutada),

⁷⁶⁶ Cfr. GALLO, P.: *Contratto e buona...*, pp. 665 y 666 y VESSICHELLI, A.: “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. III...*, p. 2394.

⁷⁶⁷ Cfr. MACARIO, F.: “La risoluzione per...”, p. 1216.

⁷⁶⁸ Afirma GALGANO, F. (*Diritto civile e commerciale. Vol. II: Le obbligazioni e li contratti. T. I: Obbligazioni in generale. Contratti in generale*. Padova: Cedam, 1990, p. 439) que la resolución por excesiva onerosidad tiene su fundamento en la conmutatividad del contrato.

⁷⁶⁹ No puede obviarse que existen contratos, como el mutuo, con causa onerosa pero que solo originan obligaciones a cargo de una de las partes. De hecho, para ese tipo de contratos parece estar pensado el art. 1468 del Código Civil italiano y no para los contratos con causa gratuita (V. en este sentido a VETTORI, G.: *Contratto e rimedi*. 2ª Ed. Milán: Cedam, 2009, p. 725 y MACARIO, F.: “La risoluzione per eccessiva ...”, p. 1235). Aun así, pone de manifiesto este autor (*Ibidem*, p. 1236), la posibilidad, defendida por parte de la doctrina, de que el art. 1468 resulte de aplicación a los contratos con causa gratuita. En concreto, defiende esa posibilidad GALLO, P.: *Contratto e buona...*, p. 668.

⁷⁷⁰ Así lo recoge CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: “Comentarios a los...”, pp. 1382 y 1383.

en cuyo caso resulta de aplicación el art. 1468, quedando vedada por ello la solución consistente en la resolución contractual en pro de la modificación contractual. De ese modo, el art. 1468 resultaría de aplicación a los contratos con obligaciones unilaterales, de un lado, y a los contratos bilaterales en los que una de las prestaciones ha sido completamente ejecutada⁷⁷¹.

5.8 Teorías residuales: rescisión por lesión y abuso de derecho

En ocasiones, en la doctrina, al tratar sobre la alteración sobrevenida y, en concreto, sobre una de sus manifestaciones concretas, la excesiva onerosidad de la prestación, se hace referencia a la figura de la rescisión por lesión como posible fundamento del problema. Sin embargo, se pueden traer a colación dos factores que hacen que la teoría de la rescisión por lesión no sea extrapolable al problema que tratamos en el presente trabajo. A saber: a) la rescisión por lesión no está reconocida por nuestro ordenamiento —a excepción del reconocimiento que de esta figura hacen tanto el derecho civil catalán como el navarro— y b) reconocida o no, la rescisión por lesión es una figura que atiende en exclusiva a la desproporción entre prestaciones existentes en el momento de contratar.

Salvadas esas diferencias, puede convenirse que es cierto que tanto la alteración de las circunstancias (si se manifiesta a través de la excesiva onerosidad de la prestación) como la rescisión por lesión tienen como objetivo común el restablecimiento de la economía interna del contrato⁷⁷². No obstante, ambas instituciones se diferencian en tal grado en lo que respecta a su origen que cualquier comparación entre ellas parece que está de más. Ya tenga la rescisión por lesión (si se reconoce, claro) un fundamento objetivo o subjetivo, el defecto o lesión que da lugar a la aplicación de la figura se produce

⁷⁷¹ Expone esta teoría, GALLO, P.: *Contratto e buona...*, p. 669. Obviamente, el mayor impedimento para la aceptación de esta posición lo encontramos en el tenor literal del art. 1468 del Código Civil italiano.

También menciona esta teoría MAIELLO, P.: “Comentario a los arts. 1467 y 1468”, en AA.VV.: *Commentario al Codice Civile. Vol. IV: artt. 1173-1654*. Dirigido por Paolo Cendon. Turín: UTET, 1991, p. 861.

⁷⁷² En este sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: *Alteraciones económicas y...*, p. 1 a 10.

en el momento de contratar⁷⁷³. En cambio, la alteración sobrevenida de las circunstancias tiene como presupuesto la ausencia de defectos en la estructura del contrato (ya sean subjetivos u objetivos). Y, por ello, aun suponiendo que ambas figuras puedan tener un objetivo común —el restablecimiento del equilibrio entre prestaciones—, de nada sirve alegar que otorgar efectos a la alteración sobrevenida supone reconocer la rescisión por lesión. La rescisión por lesión no está reconocida por nuestro ordenamiento con carácter general y, aunque lo estuviera, ello de nada serviría para solucionar un problema que tiene su origen en un cambio de circunstancias no previsto por las partes.

Por otro lado, se trae a colación —sobre todo en la doctrina francesa— la figura del abuso de derecho para justificar la extinción o modificación del contrato ante el cambio sobrevenido de circunstancias. El abuso consistiría en la obtención, por parte del acreedor, de un beneficio injustificado en relación con el perjuicio a sufrir por el deudor⁷⁷⁴. No obstante, a nuestro juicio, y a pesar de que en algún caso muy concreto un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias pudiera configurarse también como un supuesto de abuso de derecho, lo cierto es que el derecho del acreedor a solicitar el cumplimiento del contrato en sus estrictos términos extrañamente podrá sobrepasar manifiestamente los límites normales del derecho, ya sea por su intención, objeto o circunstancias.

Así, en efecto, a priori, no parece que el cumplimiento del contrato al que tiene derecho al acreedor pueda perseguir únicamente el perjuicio del acreedor o un beneficio tan desproporcionado (o aparente) que sitúe en primer plano la intención de perjudicar —abuso de derecho por la intención—. Tampoco parece que la pretensión de cumplimiento del contrato en sus estrictos términos suponga apurar las ventajas a las que el acreedor tiene derecho —abuso de derecho por su objeto— por el hecho de que la prestación sea

⁷⁷³ Las más modernas propuestas, tanto nacionales como internacionales, para la modernización del derecho de contratos apuestan por un fundamento mixto objetivo-subjetivo. En efecto, para la apreciación de las figuras equiparables a la rescisión por lesión se exige tanto una ventaja o desequilibrio excesivos como la presencia de algún factor que afecte a la libertad contractual.

⁷⁷⁴ Así lo expone RIPERT, G.: *La règle morale...*, p. 154.

También hay algunas voces en la doctrina española que relacionan la excesiva onerosidad de la prestación con el abuso de derecho. Así, por ejemplo, afirma, ROBLES ALVÁREZ DE SOTOMAYOR, A. (“La inflación ante el derecho”. *Revista de Derecho Mercantil*: marzo-abril, 1951, p. 206 y 207) “[q]ue un deudor se libere de su obligación pagando la misma suma nominal, pese a una fuerte depreciación, parece caer plenamente bajo el ámbito del abuso del Derecho, y, en efecto, lo es”.

excesivamente onerosa para el deudor. Y, por último, el hecho de que la prestación se haya tornado más onerosa o que el contrato haya perdido para este la finalidad pretendida no implica que el acreedor, al reclamar el cumplimiento, se esté aprovechando de las circunstancias para abusar de su derecho de crédito —abuso de derecho por las circunstancias en que se realice—.

Pero, entiéndase bien. No estamos negando la posibilidad de que, como cualquier otro derecho subjetivo, el derecho del acreedor al cumplimiento de la prestación no pueda suponer, según los casos, un ejercicio abusivo del derecho. Lo que estamos negando es que el hecho de que el cumplimiento se haya tornado excesivamente oneroso o sin sentido por un cambio sobrevenido de circunstancias implique, *per se*, que la reclamación del cumplimiento por parte del acreedor sobrepase los límites normales del ejercicio de su derecho. Afirmar lo anterior es tan equivocado, a nuestro juicio, como tratar de resolver la problemática relacionada con la alteración de circunstancias simplemente acudiendo al art. 1258 CC y, en concreto, al principio de buena fe y a la equidad⁷⁷⁵. Quizás el art. 1258 CC coadyuve a la solución del problema como un argumento más para justificar la limitación del acreedor a exigir el cumplimiento ante cualquier circunstancia pero, desde luego, a lo que no obliga el art. 1258 CC es a la resolución o modificación del contrato ante el cambio sobrevenido de circunstancias.

⁷⁷⁵ Estos eran los argumentos a los que acudía la doctrina italiana con anterioridad a la expresa inclusión en ese derecho de la excesiva onerosidad de la prestación. V. en este sentido DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil. Vol. II: Derecho de obligaciones.- Derecho de familia. Derecho hereditario*. Madrid: Editorial Reus, 1931, pp. 306 a 308.

La buena fe y la equidad y su asimilación a la imposibilidad de la prestación es también el fundamento utilizado por SOTO NIETO, F.: *El caso fortuito y la fuerza mayor: los riesgos en la contratación*. Barcelona: Ediciones Nauta, 1965, p. 89.

La equidad y la buena fe contractual son utilizadas por MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “Las consecuencias derivadas de la excesiva onerosidad sobrevenida”, en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 208 a 219.

6. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN Y NAVARRO

A continuación se analiza el fenómeno de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el derecho civil de Cataluña y, en concreto, a la espera de la aprobación y entrada en vigor del Libro Sexto del CCCat, en el ámbito del derecho de familia y sucesorio. Además, en el último apartado de este capítulo analizaremos la regulación de la alteración sobrevenida en el Fuero Nuevo de Navarra.

6.1 Pactos en previsión de la ruptura conyugal (Arts. 231-20.5 CCCat)

Los pactos en previsión de una ruptura conyugal es una de las instituciones que más interés ha despertado la entrada en vigor del Libro II del CCCat. Si bien esta figura ya había sido expresamente reconocida por el legislador catalán en el art. 15 del Código de Familia, ha sido en el Libro II del CCat donde ese reconocimiento expreso se ha convertido en una regulación rigurosa.

Aun así, son muchas las dudas y cuestiones que suscita la regulación contenida en el art. 231-20 CCCat⁷⁷⁶. Muchas de esas dudas, como es obvio, se relacionan con la compatibilización de este tipo de pacto con la disciplina normativa típica del derecho de familia. En concreto, una de esas cuestiones consiste en la averiguación de hasta qué punto y con qué extensión puede la voluntad de los cónyuges excluir, limitar o incluso interpretar los diversos preceptos que se encargan de regular las consecuencias derivadas de una ruptura matrimonial⁷⁷⁷. Pero no solo presenta interés la regulación de esta

⁷⁷⁶ Como exponen GINÉS CASTELLET, N. (“Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia”, en AA.VV.: *La familia del siglo XXI: Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Núria Ginés Castellet. Barcelona: Bosch, 2011, p. 55) y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (“Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán”. *RJC*: núm. 2-2011, p. 354) la regulación catalana ha recibido una influencia clara del derecho estadounidense y, en concreto, de la regulación contenida en el *Uniform Premarital Agreements Act* (que ha sido adoptado por más de la mitad de los estados de Estados Unidos) y los principios sobre la disolución de la familia del *American Law Institute*.

⁷⁷⁷ V. sobre la cuestión los recientes y completos estudios elaborados por GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”. *RCDI*: año LXXXVII, sept-oct, nº 727, pp. 2577 a 2620 y SERRANO DE NICOLÁS, A. “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en AA.VV.: *El*

institución desde la perspectiva del derecho de familia, sino también desde y para otros ámbitos del derecho civil. En particular nos referimos al derecho de obligaciones y contratos y a la aportación que a este ámbito se realiza desde el último apartado del art. 231-20 CCCat a través de la aceptación explícita de la ineficacia del contrato (en este caso del pacto en previsión de la ruptura conyugal) ante la alteración sobrevenida de las circunstancias⁷⁷⁸.

A la hora de responder a las dudas que plantea la figura de la alteración sobrevenida en este ámbito, resulta extremadamente útil atender a la regulación contenida en el art. 231-20 CCCat y, específicamente, a sus requisitos de aplicación. El análisis de estos requisitos, así como el de sus efectos, debe ser puesto en relación con el ámbito en el que se inserta la regulación: el derecho de familia. Esta inserción en el ámbito del derecho de familia no implica, aun así, que algunas de las conclusiones que se alcancen no puedan resultar útiles y perfectamente aplicables a otros ámbitos del derecho civil.

De hecho, como se analizará a continuación, si se atiende a la regulación que en el CCCat se contiene sobre los pactos en previsión de la crisis de pareja se comprenderá que la admisión de la alteración sobrevenida de las circunstancias no se relaciona con la protección del interés superior de la familia. Dicha protección se consigue a través de la invalidez o ineficacia directa de los pactos que contraríen dicho interés, sin necesidad de acudir ni probar los elementos exigidos en el art. 231.20-5 CCCat para la aplicación de la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias. El reconocimiento de la

nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña). Barcelona: Bosch, 2011, pp. 328-329.

⁷⁷⁸ No puede dejar de señalarse que el art. 233.7 CCCat regula la posibilidad de que el Juez modifique las medidas ordenadas en un proceso matrimonial si se produce una alteración sustancial de las circunstancias con respecto al momento de su otorgamiento. Por supuesto, esta posibilidad solo existe para aquellas medidas que, según los arts. 233-2 y 233-4 CCCat, son contenido necesario del convenio regulador o de las medidas judiciales a adoptar en un proceso matrimonial.

Esa posibilidad de modificación de la que trata el art. 233.7 CCCat no podrá ser aplicada sin embargo a los pactos incluidos en los pactos en previsión de la ruptura en la medida en que estos no hayan sido renovados en virtud de convenio regulador o por las medidas adoptadas por el Juez en el proceso matrimonial. La modificación (o ineficacia de esos pactos) ante el cambio de circunstancias debe producirse de conformidad con lo dispuesto en el art. 231-20.5 CCCat, como así se deduce del art. 233.5 CCCat: “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges [...]”

ineficacia de los pactos reconocida en el art. 231.20.5 se relaciona exclusivamente con la protección de la libertad individual y las limitaciones del consentimiento contractual.

La ineficacia de un pacto en previsión de la ruptura ante el cambio sobrevenido de las circunstancias no se relaciona con la falta (inicial o sobrevenida) de consentimiento. Si se atiende a la regulación que de los pactos se contiene en el Libro II, resulta fácilmente apreciable que el legislador ha pretendido proteger la libertad contractual a través de otros expedientes. De hecho, parece notorio que este punto, la protección de la libertad y voluntad contractual, ha sido uno de los que más ha preocupado al legislador a la hora de configurar los pactos.

Solo así se explica la necesidad de que los pactos, para que sean válidos (art. 231-20.1 CCCat), deban otorgarse en escritura pública⁷⁷⁹, así como que el apartado 2º del art. 231-20 exija al notario que asesore profesionalmente a los otorgantes, de forma separada y con anterioridad a su suscripción⁷⁸⁰. También con el propósito de salvaguardar la libertad y voluntad contractual (previendo posibles vicios del consentimiento), el art. 231-20.4 CCCat exige que las partes estén al corriente del detalle de sus respectivos patrimonios. Hasta tal punto llega esta obligación que si las partes demuestran que desconocían el status económico y financiero del otro cónyuge pueden esquivar la ejecución de los pactos si les resultan perjudiciales⁷⁸¹. A este mismo objetivo —la protección de la libertad de los cónyuges— parece que se encaminan también los límites temporales que la Ley impone para que se perfeccionen los pactos como requisito de su validez y eficacia⁷⁸².

⁷⁷⁹ En este sentido, GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la...”, p. 2594.

⁷⁸⁰ Así, dispone GINÉS CASTELLET, N. (*Ibidem*, p. 2596) que “este asesoramiento profesional es el que va a desarrollar el notario en los pactos en previsión de una ruptura matrimonial según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 231-20”.

⁷⁸¹ La regulación contenida en el art. 231-20.4 CCCat es prácticamente idéntica a la contenida en el *Uniform Premarital Agreements Act*. En este último cuerpo normativo se establece que la comunicación y conocimiento recíproco del status económico de los futuros consortes es condición de eficacia del pacto.

⁷⁸² Nótese, en efecto, que el art. 231-20 CCCat exige que los pactos se otorguen con una antelación mínima de 30 días a la celebración del matrimonio, intentando evitar así que la proximidad del matrimonio pudiera causar a cualquiera de los cónyuges una indeseable presión encaminada a la suscripción de los pactos. Al respecto, MONTSERRAT VALERO, A. (“Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia”, en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, p. 403) establece lo siguiente: “Parece que el legislador piensa que la proximidad del futuro matrimonio pone a los futuros cónyuges en un estado tal de alteración que los considera inhábiles para celebrar estos pactos”.

Como se acaba de avanzar, el último apartado del art. 231-20 CCCat, al regular la alteración sobrevenida de las circunstancias, no tiene como finalidad (ni fundamento) proteger el consentimiento y, en concreto, su otorgamiento libre y consciente. Tampoco tiene como propósito proteger la ilegalidad inicial o sobrevenida de los pactos en previsión de la ruptura conyugal. Las consecuencias derivadas de la ruptura conyugal pueden ser reguladas por las partes con anterioridad al matrimonio y sus límites son, además de los generales derivados de la autonomía de la voluntad y los de carácter legal o constitucional —incluyendo la igualdad y reciprocidad entre los cónyuges—, los mínimos específicos exigidos en la regulación de las posibles consecuencias derivadas de la ruptura. Así, y sin ánimo exhaustivo, los cónyuges o futuros cónyuges (i) no pueden exigir la ejecución de un pacto sobre la guarda o relación con los menores ni sobre la prestación de alimentos si el pacto en cuestión no resulta conforme al interés del menor (art. 233-5.3); (ii) no pueden ejecutar un pacto sobre pensión compensatoria que comprometiera las necesidades básicas del cónyuge acreedor de la pensión (art. 233-16.3); y (iii) tampoco pueden llevar a efecto un pacto sobre el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial si el pacto en cuestión no resulta en interés de los hijos o si compromete las necesidades básicas del cónyuge perjudicado por el pacto⁷⁸³. Del mismo modo, tampoco pueden los cónyuges, a través del pacto en previsión de la ruptura conyugal, desnaturalizar las instituciones reguladas en el CCCat. Así, apunta la doctrina, por ejemplo, no podría admitirse un pacto sobre la compensación económica por razón de trabajo que eliminara el requisito de que se haya producido un incremento patrimonial del cónyuge deudor. En el mismo sentido, un pacto sobre pensión compensatoria no podría eliminar el requisito consistente en que se produzca un desequilibrio patrimonial como consecuencia de la ruptura del matrimonio⁷⁸⁴.

Menos aún se relaciona la institución recogida en el art. 231-20.5 CCCat con el respeto a los límites genéricos relacionados con el rol de los cónyuges dentro del matrimonio o con la preservación de los mínimos indispensables para la aplicación de las

⁷⁸³ El límite consistente en la prohibición de renunciar a la pensión compensatoria o al uso de la vivienda no resulta aplicable (V. arts. 233-21.3, 233-16.3) si el pacto se incorpora a un convenio regulador.

⁷⁸⁴ Cfr. GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la...”, p. 2611 y NASARRE AZNAR, S. “La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, p. 260.

instituciones encargadas de regular las consecuencias propias derivadas de la ruptura del matrimonio.

No debe acudir a la aplicación del art. 231-20.5 CCCat en aquellos supuestos en que la ejecución del pacto provoque el incumplimiento de los mínimos exigidos legalmente por el CCCat para cada una de las instituciones familiares en él reguladas. Así, en efecto, el ámbito de aplicación del art. 231-20.5 CCCat se circunscribe en exclusiva a aquellos supuestos en los que la ejecución de un pacto en previsión de la ruptura que es válido (tanto en lo que respecta a su formación como en lo referente al cumplimiento de los límites mínimos legales en su ejecución) resulta, a pesar de su validez, gravemente perjudicial para uno de los cónyuges como consecuencia de un cambio de circunstancias⁷⁸⁵.

La conclusión que se alcanza a través del análisis de toda la regulación de los pactos en previsión de la ruptura conyugal y de su conjugación con la institución del cambio sobrevenido de las circunstancias es, en efecto, que lo que se trata de proteger con tal regulación no es la falta de validez de los pactos por la ausencia o vicio del consentimiento ni tampoco que, a través del pacto o de su ejecución, las partes puedan disponer de aquello que la ley considera indisponible. Tampoco se pretende, sin más, por mucho que así pudiera deducirse del tenor literal del artículo, que los pactos no sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Lo que protege el artículo o, si se prefiere, lo que se trata de impedir, es que los pactos en previsión no resulten —al tiempo de su cumplimiento o ejecución— gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges como consecuencia de un cambio sobrevenido de circunstancias.

Y ese es el primer requisito para la aplicación de la figura: el nexo causal entre el cambio sobrevenido de circunstancias y el grave perjuicio para uno de los cónyuges. Si

⁷⁸⁵ Como acertadamente expone SERRANO DE NICOLÁS, A. (“Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en AA.VV.: *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Vicente Pérez Daudí. Barcelona: Atelier, 2011, p. 48), la ineficacia sobrevenida que se predica de la aplicación del art. 231.20.5 CCCat parte de la validez de los pactos o, si se prefiere (por ser lo mismo), de la inexistencia de causas de nulidad o anulabilidad.

Esta parece la opinión también de EGEA FERNÁNDEZ, J: “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo III: Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2002, p. 4567.

en realidad se produce un cambio sobrevenido de circunstancias pero el grave perjuicio que la ejecución del pacto en cuestión supone para uno de los cónyuges no ha venido provocado por dicho cambio sino por la propia estructura del pacto o por un acto imputable a dicho cónyuge, entonces, obviamente, no ha lugar a la ineficacia del pacto. El primero de los requisitos, el nexo causal, es el punto de unión entre los otros dos requisitos exigidos para la aplicación del art. 231-20.5: i) el cambio sobrevenido de circunstancias y ii) el grave perjuicio para uno de los cónyuges.

Entrando ya en el análisis del primero de esos requisitos, es necesario que nos planteemos la siguiente pregunta: ¿cómo debe ser el cambio sobrevenido de las circunstancias exigido por el art. 231-20.5? Pues bien, lo que dispone el precepto es que el cónyuge gravemente perjudicado debe acreditar “que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”.

Las circunstancias deben ser, en primer lugar, sobrevenidas. Ello excluye obviamente la posibilidad de aplicar esta figura a supuestos en que las circunstancias ya existían en el momento de concluir el pacto pero las partes (o uno de los cónyuges al menos) las desconocían y no pudieron conocerlas⁷⁸⁶. En ese caso lo que se habrá producido es un vicio del consentimiento o una ausencia de información que podría dar lugar a la ineficacia del pacto si el cónyuge perjudicado alega y prueba que en el momento de contratar desconocía información suficiente sobre el patrimonio, ingresos y expectativas económicas del otro cónyuge (apartado 4º del art. 231-20), pero no un cambio de circunstancias.

Las circunstancias sobrevenidas deben ser, en segundo lugar, relevantes. El término es en extremo vago. No obstante, ello no implica que dicho término resulte superfluo en la redacción del artículo ni tampoco que no sea el apropiado. La vaguedad del término exige un ejercicio hermenéutico que permita darle sentido. En un primer momento podría considerarse que el término “relevante” poco o nada aporta al requisito consistente en que se produzca un grave perjuicio para uno de los cónyuges como

⁷⁸⁶ Nótese, por ejemplo, que en los Principios Unidroit, en su art. 6.2.2, se admite la posibilidad de aplicar la figura de la excesiva onerosidad o *hardship* ante el desconocimiento inimputable de circunstancias ya presentes al tiempo de contratar.

consecuencia del cambio de circunstancias. Así, en efecto, podría considerarse que las circunstancias serán relevantes en la medida en que produzcan un grave perjuicio para uno de los cónyuges y no lo serán, en cambio, cuando no se produzca ese grave perjuicio. La relevancia quedaría así identificada con el resultado que provoca el cambio de circunstancias. Siguiendo esta última interpretación, resulta innegable que el término “relevante” poco o nada aporta a la regulación contenida en el art. 230-20.5 CCCat.

Otra opción consiste, sin embargo, en considerar que la relevancia del cambio de circunstancias debe ser considerada en sí misma, sin acudir al resultado que provoca. ¿Cuándo podría entonces considerarse que una circunstancia es relevante? Pues, indudablemente, acudiendo a los concretos pactos alcanzados por las partes y, más específicamente, atendiendo a las circunstancias que las partes tuvieron en consideración en el momento de contratar. Esas circunstancias pueden haberse causalizado en los propios pactos o no. Lo que es necesario, y así corresponde probarlo al cónyuge que pretenda la inejecución de los pactos, es que ambas partes consideraran esenciales determinadas circunstancias (y su mantenimiento) a la hora de contratar. Son relevantes, en definitiva, aquellas circunstancias sin cuya existencia en el momento de contratar las partes no hubieran pactado o, si hubieran pactado, lo habrían hecho en otros términos.

La relevancia de las circunstancias sobrevenidas no debe medirse en función de los motivos individuales de las partes a la hora de alcanzar el pacto en previsión de la ruptura. Los motivos individuales, también en esta sede, siguen siendo simples motivos no oponibles a la contraparte. Los motivos pasan a tener incidencia cuando son compartidos por ambas partes como esenciales a la hora de llegar a un acuerdo y de mantenerlo⁷⁸⁷. La dificultad estribará, lógicamente, en determinar cuáles circunstancias las partes consideraron relevantes a la hora de contratar. Aun así, esa dificultad en la prueba no debería confundirse con la necesidad de causalizar o incluir en el pacto todas las circunstancias que le anteceden. Bastaría con demostrar por qué, esto es, bajo qué

⁷⁸⁷ A la hora de determinar la relevancia de las circunstancias quizás sirva de utilidad atender al derecho estadounidense y, en particular, a la exigencia (para aplicar las figuras de la *impracticability* y de la *frustration*) de que las partes hayan compartido una asunción común o *basic assumption* consistente en que un determinado suceso que finalmente ha acontecido no acontecería. A este respecto, resulta de gran utilidad el estudio de los art. 261 y 265 del *Restatement (Second) of Contracts* así como del art. 2-615 del *Uniform Commercial Code*. Esta cuestión ya ha sido analizada en el capítulo 4º del presente trabajo.

circunstancias asumidas por ambas partes, se produjo una renuncia, limitación o ampliación de derechos⁷⁸⁸.

En torno al cambio de circunstancias, establece por último el art. 230-20.5 que las circunstancias sobrevenidas y relevantes deben ser imprevistas y razonablemente imprevisibles. Resulta acertado el uso de los términos contenidos en el artículo, en primer lugar, por cuanto supone un alejamiento notable de la ya denostada doctrina jurisprudencial “*rebus sic stantibus*”⁷⁸⁹ y, en segundo lugar, en la medida en que recoge la que, a nuestro juicio, es la mejor doctrina en cuanto al fundamento y origen del problema relacionado con la alteración sobrevenida. Nótese como el art. 230-20.5 parte de la imprevisión pero además exige una imprevisibilidad razonable. Exige el CCCat que las partes no hayan consentido el cambio de circunstancias o sus consecuencias —si lo hubieran previsto lo habrían consentido— y que, además, no hayan asumido el riesgo del cambio de circunstancias.

Si el cambio de circunstancias o sus consecuencias hubiera sido razonablemente previsible, lógicamente, las partes deberían asumir el riesgo consistente en el grave perjuicio causado. El deber de previsión, si bien es de carácter objetivo, debe medirse en atención a las circunstancias concretas de la pareja en el momento de la firma del pacto. Lo razonable no es abstracto sino que depende de las circunstancias objetivas (aunque personales y concretas) de los contratantes. Así, para determinar si los cónyuges debieron haber previsto el cambio de circunstancias debería atenderse a cuál era su situación personal y patrimonial en el momento de concluir el pacto, así como a las expectativas

⁷⁸⁸ Para GINÉS CASTELLET, N (“Los pactos en previsión...”, pp. 89 y 90) la relevancia del cambio de circunstancias debe interpretarse en un doble sentido: (i) exigiéndose que la alteración sea de una dimensión notable y (ii) requiriéndose que (la alteración) “se halle en la base de la producción del grave detrimento a uno de los consortes”.

⁷⁸⁹ No compartimos la opinión de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (“Los pactos en...”, p. 365) cuando afirma que el art. 231-20.5 CCCat no es sino una manifestación concreta de la cláusula *rebus sic stantibus*. La autora parece confundir la doctrina *rebus sic stantibus* con el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias. A nuestro juicio, como ya se ha adelantado, la regulación contenida en el art. 231-20.5 CCCat supone un alejamiento de la doctrina *rebus sic stantibus* tal y como esta viene siendo contemplada por el TS. Nótese, por ejemplo, que en el CCCat no se exige que el cambio de circunstancias sea extraordinario e imprevisible objetivamente. Tampoco se recurre a la voluntad implícita de las partes en el momento de contratar.

(de nuevo tanto personales como patrimoniales) que ambos tuvieran en el momento de la perfección⁷⁹⁰.

Ya que se ha tratado sobre el elemento del riesgo, no puede dejar de señalarse que en el art. 230-20.5 se echa en falta alguna referencia a la ajenidad del cambio de circunstancias. La ausencia de regulación expresa de este requisito puede ser remediada no obstante mediante la exigencia de un nexo causal entre el cambio de circunstancias y el grave perjuicio de uno de los cónyuges, así como a través de la exigencia consistente en que el cambio sea imprevisible e imprevisto. Obsérvese que si ha sido uno de los cónyuges el que ha provocado el cambio de circunstancias o si las circunstancias en cuestión estaban bajo su control no puede afirmarse que exista un nexo causal entre el cambio sobrevenido y el grave perjuicio causado. Pero, es más, a nuestro juicio, en ese caso ni siquiera podría mantenerse que el cambio es imprevisible⁷⁹¹. El cambio era más bien evitable⁷⁹².

Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en relación con los requisitos tradicionalmente exigidos por el TS para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, en el art. 231-20.5 no se exige que el cambio de circunstancias haya sido provocado por un factor de carácter extraordinario. A nuestro juicio, ello resulta un gran acierto por cuanto la exigencia de que el cambio de circunstancias venga provocado por un factor de carácter extraordinario nada aporta a la necesaria normalización de la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Ciertamente, obviamente, que en mucho de los supuestos en que se determine que las partes no debieron prever el cambio de circunstancias, dicho cambio de circunstancias habrá tenido lugar a partir de un factor extraordinario. No es menos cierto, aun así, que ello no debería ser un requisito para la aplicación de la figura. Advuértase, por ejemplo, que un factor que por lo común es ordinario (como la tenencia de hijos), podría considerarse extraordinario atendiendo a las

⁷⁹⁰ Es de esta misma opinión SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Regulación codicial de...”, p. 5.

⁷⁹¹ En este sentido también GINÉS CASTELLET, N: “Los pactos en previsión...”, p. 91.

⁷⁹² Destacables en este sentido son las palabras de SERRANO DE NICOLÁS, A. (“Regulación codicial de...”, p. 50): “La previsión creo que es un problema de diligencia exigible a unos contrayentes concretos, es decir, no cabe acudir a un estándar genérico, sino que habrá que atender a las circunstancias concretas de cada pareja de contrayentes, formación personal y académica, patrimonios preexistentes, edades, plazo transcurrido desde que se pactó, etc”

circunstancias de los cónyuges en el momento de la perfección de los pactos (debido a la avanzada edad de los cónyuges progenitores, por ejemplo).

El segundo gran requisito exigido para la aplicación del cambio sobrevenido es que se cause un grave perjuicio a uno de los cónyuges si se ejecuta el pacto en previsión de la ruptura. En la mayoría de regulaciones de nuestro entorno, así como en los principios y propuestas trasnacionales para la unificación del derecho de contratos que analizamos en el siguiente capítulo, la forma a través de la que se regula y recoge la alteración sobrevenida de las circunstancias es la excesiva onerosidad de las prestaciones. En el CCCat, en sede de pactos en previsión de la ruptura conyugal, la excesiva onerosidad como resultado protegido por la institución del cambio de circunstancias ha sido intercambiado por el elemento del grave perjuicio para uno de los cónyuges. El cambio es absolutamente lógico y prácticamente no precisa de explicación. Un pacto en previsión de ruptura conyugal no puede medirse en términos de onerosidad⁷⁹³.

La gran cuestión entonces es la de determinar cuándo la ejecución de un pacto puede resultar gravemente perjudicial. Desafortunadamente, dado que ello dependerá de cada caso concreto, la respuesta definitiva a esa cuestión solo puede ser de carácter genérico. Gravemente perjudicial será la ejecución de un pacto que, aun siendo legal y eficaz si no hubiera existido un cambio sobrevenido de circunstancias⁷⁹⁴, supone un perjuicio significativo en atención a las circunstancias presentes en el momento de la ejecución del pacto y que, además, ninguna de las partes contempló como posible al tiempo de contratar. La carga de la prueba tanto en lo que respecta a la existencia del grave perjuicio como en relación con el resto de elementos para aplicar la figura la tiene, como es lógico, el cónyuge que pretenda la ineficacia del pacto⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Así lo expone GINÉS CASTELLET, N: “Los pactos en previsión...”, p. 89.

⁷⁹⁴ No resultará de aplicación el art. 231-20.5, por ejemplo, a un supuesto en que la renuncia o limitación del derecho a la pensión compensatoria o al derecho de atribución de uso de la vivienda familiar ponga en peligro las necesidades básicas o de alimento del cónyuge. En ese supuesto resultarán de aplicación los arts. 233-21.3 y 233-16.3 CCCat.

⁷⁹⁵ Cfr. REBOLLEDO VARELA, A.L.: “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código civil de Cataluña)”, en AA.VV: *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias. Tomo I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008, pp. 754 y 755.

En otro orden de cosas, cabría preguntarse qué es lo que debe haberse tornado gravemente perjudicial para uno de los cónyuges: si un concreto pacto de los contenidos en los pactos en previsión firmado o si, en cambio, debe exigirse que sean, en valoración conjunta, todos los pactos los que se hayan tornado gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. A nuestro juicio, no puede ni debe valorarse cada uno de los concretos pactos alcanzados por los cónyuges para decidir uno por uno si el cambio de circunstancias debe provocar la excusa del cumplimiento. Ello supondría, obviamente, no tener en consideración que las partes pueden haber realizado concesiones mutuas que deben valorarse conjuntamente a la hora de determinar si debe declararse la ineficacia de los pactos ante el cambio de circunstancias⁷⁹⁶. Es posible, de hecho, que el cambio de circunstancias haya provocado que un concreto pacto sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges y que, al mismo tiempo, ese cambio de circunstancias también haya afectado a otro pacto que provoque un equilibrio que desaconseje la ineficacia de los pactos. Por ello, el grave perjuicio de los cónyuges debe ser medido atendiendo al completo contenido de los pactos y al equilibrio alcanzado en el momento de perfeccionarlos⁷⁹⁷.

Por último, en cuanto a las consecuencias de la alteración, el art. 230-20-5 solo establece que los pactos, cuando se cumplan los requisitos ya analizados, no serán eficaces. Los pactos siguen siendo válidos, pero no deben ejecutarse (la alegación del cambio de circunstancia es una facultad del cónyuge perjudicado; que siempre podría elegir no alegar el cambio de circunstancias y cumplir el pacto). El precepto 230-20.1 no resuelve una cuestión tan importante como la determinación de qué pacto es ineficaz. ¿Es ineficaz el pacto concreto que resulta gravemente perjudicial para uno de los cónyuges a causa del cambio sobrevenido de circunstancias o todos los pactos alcanzados por los cónyuges en previsión de la ruptura matrimonial?; ¿podría el juez adaptar el pacto que se ha tornado gravemente perjudicial para uno de los cónyuges?

A nuestro juicio, y ante la falta de jurisprudencia al respecto, la solución ante el cambio de circunstancias debería consistir en la total ineficacia de los pactos o al menos

⁷⁹⁶ En este sentido, v. SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Regulación codicial de...”, pp. 49 y 50.

⁷⁹⁷ Obviamente, el parámetro de comparación para valorar el grave perjuicio son los propios pactos en el momento de su perfección. Si estos ya eran perjudiciales en el momento de su conclusión, no cabe alegar la alteración sobrevenida de las circunstancias con el fin de zafarse de su obligado cumplimiento.

de todos aquellos que no tengan una autonomía clara con respecto a los aspectos que se hayan tornado perjudiciales para uno de los cónyuges. No puede ni debe pasarse por alto al respecto que los pactos en previsión de la crisis matrimonial habrán sido producto, en la mayoría de los supuestos, de mutuas concesiones de los cónyuges. Por ello, también en la mayoría de supuestos, la ineficacia parcial de los pactos, manteniendo en vigor parte de ellos, no será una solución adecuada ante la alteración sobrevenida de las circunstancias. A nuestro juicio, tampoco será una solución adecuada (ni compatible con la autonomía de la voluntad de los cónyuges), la adaptación de los pactos que pudiera acordar el Juez para eliminar o atemperar el grave perjuicio que el cambio de circunstancias haya provocado.

6.2 Pactos sucesorios en el CCCat

Nuestro estudio sobre la regulación de los pactos sucesorios en el CCCat se circunscribe a la regulación de la incidencia del cambio sobrevenido de circunstancias sobre la eficacia de estos pactos. A pesar de ello, con el objetivo de comprender correctamente el funcionamiento de esta regulación, es preciso que antes de entrar en materia hagamos algunas precisiones genéricas sobre la naturaleza de los pactos sucesorios y su causa en función de cómo esta institución ha sido regulada en el Libro IV del CCCat.

6.2.1 Naturaleza de los pactos sucesorios

Por más que el enunciado del art. 431-1 CCCat indique lo contrario, en el CCCat no se incluye una definición precisa de lo que es un pacto sucesorio. En el referido artículo, de hecho, tan solo se hace referencia al contenido posible del pacto sucesorio, sin incluir una definición concreta. Según el art. 431-1 CCCat⁷⁹⁸, los otorgantes del pacto pueden convenir —nótese que este es el único término del precepto que da idea de la existencia de un vínculo contractual— la institución de uno ó más herederos o la

⁷⁹⁸ Sobre el alcance de este artículo, V. LARRONDO LIZARRAGA, J.: *El nuevo derecho sucesorio catalán: Análisis del Libro IV del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 145.

realización de disposiciones a título particular, pudiendo ser bien los otorgantes o bien otros terceros los beneficiarios del pacto⁷⁹⁹.

El art. 431-1 CCCat no proporciona una definición de pacto sucesorio ni tampoco aclara cuál es la causa, de un lado, y la naturaleza, de otro lado, de la institución. ¿Tienen los pactos sucesorios naturaleza contractual?; ¿pueden tener causa onerosa?; ¿qué es lo que distingue al pacto sucesorio del testamento?

Si bien estas preguntas no obtienen una clara respuesta en la regulación contenida en el Libro IV del CCCat, un estudio detallado de los preceptos, así como del Preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones sí proporciona algunas claves al respecto.

En lo que se refiere a la causa de los pactos sucesorios, el Preámbulo establece que el “modelo” de pacto del que parte la regulación contenida en el CCCat tiene causa gratuita, sin perjuicio de que pueda imponerse al favorecido (otorgante o no) cargas. Acto seguido, sin embargo, el Preámbulo añade que el hecho de que el tipo básico de pacto sucesorio implícito en la regulación sea un pacto con causa gratuita “no impide que las partes puedan causalizar el pacto de modo diferente, dada la libertad de configuración del contenido que les da el libro cuarto”.

¿Implica ello que las partes pueden configurar el pacto sucesorio como un contrato con causa onerosa?; ¿pueden los pactos sucesorios dar lugar al ejercicio de una acción de cumplimiento?; ¿sería lícito que las partes pactaran una institución de heredero o la realización de una disposición particular a cambio de una determinada cantidad de dinero?

El Preámbulo no proporciona respuesta a estas preguntas. De hecho, en él tan solo se hace referencia a las distintas manifestaciones de la posible hibridez causal de los

⁷⁹⁹ Indican PUIG I FERRIOL, LL. y ROCA I TRIAS, E (*Instituciones del Dren Civil de Catalunya: Volin III. Dren de Sucesiones*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 444) que, en cualquier caso, el pacto no puede ser calificado como un contrato o estipulación a favor de terceros en el sentido del art. 1257 CC, toda vez que los beneficiarios no otorgantes solo tienen una expectativa sucesoria en vida de los otorgantes del pacto. Mientras estos vivan pueden dar al traste con esa expectativa mediante la novación o extinción (a través del mutuo disenso) del pacto.

pactos. Así, se afirma, que esta hibridéz causal se pone de relieve en las causas de revocación reguladas en los arts. 431-13 y 431-14 CCCat, en los que se recogen causas de revocación que provienen de la dogmática de los actos sucesorios pero también otras propias de las donaciones y de los contratos. Así, en efecto, de un lado, en el art. 431-13 se regula la causa de revocación basada en la indignidad del sucesor (causa típica de los negocios sucesorios) y, de otro lado, en el art. 431-14 se regulan causas de revocación que asemejan el régimen de los pactos sucesorios, al menos en lo que a este punto se refiere, con el régimen de las donaciones e incluso con el de los contratos bilaterales.

El art. 431-14 permite la revocación del pacto sucesorio a) por las causas pactadas expresamente; b) por el incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido; c) por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad determinante de los pactos o de alguna de sus disposiciones y, por último, d) debido a un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron el fundamento del pacto. Puede observarse con claridad que las causas de revocación contempladas en el art. 431-14 asemejan el régimen de los pactos sucesorios al de las donaciones (“causa de revocación basada en el incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido”) pero también al de los contratos bilaterales y, en concreto, a los contratos con obligaciones recíprocas (causas de revocación *c* y *d* del art. 431-14 CCCat)⁸⁰⁰. Y ello da idea de que si bien los pactos sucesorios son un negocio jurídico típico del derecho de sucesiones, ello no implica que no compartan alguna similitud tanto en su naturaleza como en su régimen jurídico con un negocio jurídico contractual. Esto último resulta del todo innegable: el pacto sucesorio, tal y como dispone el art. 431-1 CCCat, es un convenio. Como todo convenio, y a diferencia de lo que ocurre con el negocio jurídico testamentario, el pacto sucesorio exige que exista una vinculación real y definitiva entre las partes que les genere seguridad sobre la obligatoriedad de lo pactado.

⁸⁰⁰ Parte de la doctrina muestra su perplejidad por el hecho de que el cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias que fundamentó el pacto pueda dar lugar a su revocación. Afirman estos autores que esta causa de revocación, que se fundamenta en la desaparición de la base objetiva del negocio es típica de negocios jurídicos onerosos en cuyo seno los pactos sucesorios no encajan. En este sentido, v. GINÉS CASTELLET, N.: “Algunas reflexiones sobre la causa en los pactos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Civil de Catalunya”, en AA.VV.: *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitària, 2010.

En nuestra opinión, sin embargo, la ineficacia del negocio ante el cambio de circunstancias no es exclusivo de los negocios onerosos. La mejor prueba de ello lo constituyen las causas de revocación de donaciones basadas en la supervivencia o superveniencia de hijos.

Como todo pacto, los pactos sucesorios deben obligar y vincular a ambas partes salvo que las mismas partes decidan de mutuo acuerdo desligarse del pacto (mutuo disenso regulado en el art. 431-12 CCCat)⁸⁰¹. Lógicamente, de mutuo acuerdo pueden dejarse sin efecto (o modificarse) todos los pactos o solo algunas de sus disposiciones. Del mismo modo, tal y como dispone el art. 431-12.2., si el pacto era multilateral solo es preciso que presten su consentimiento aquellos sujetos a los que afecte la modificación o terminación del pacto. Si no existe mutuo acuerdo, cada una de las partes no puede revocar libremente las disposiciones contenidas en los pactos sucesorios. La modificación y revocación de estas disposiciones no es totalmente libre, tal y como sí ocurre en sede testamentaria.

No es totalmente libre pero tampoco es imposible: existen determinadas causas de revocación⁸⁰². De hecho, algunas voces en la doctrina afirman que existen demasiadas excepciones al principio de la irrevocabilidad de los pactos sucesorios⁸⁰³. A nuestro juicio, sin embargo, ello depende de la interpretación que se realice de las causas de revocación contempladas legalmente. Obviamente, si estas causas de revocación se interpretan de modo tan laxo que permiten que la revocación por causas tasadas en la práctica se convierta en la posibilidad de que los pactos sean revocados libremente,

⁸⁰¹ Al respecto, establecen DEL POZO CARRASCOSA, P., VÁQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (*Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Marcial Pons, 2009, p. 314) que “[u]na consecuencia directa de la estructura contractual —bilateral o plurilateral— de los pactos sucesorios es la posibilidad de su modificación o resolución por acuerdo de los otorgantes; en efecto, si los pactos sucesorios nacen del consentimiento, resulta lógico que, en principio, el consentimiento los modifique y que el disenso los extinga”.

Exactamente del mismo modo, DEL POZO CARRASCOSA, P.: “Capítulo 34: Pactos sucesorios en Cataluña”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Dirigido por M^a del Carmen Gete Alonso y Calera y Coordinado por Jodith Solé Resina. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011, p. 1377.

En el mismo sentido, EGEA I FERNÁNDEZ, J.: “Comentario al art. 431-12”, en AA.VV.: *Comentario al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a las successions. Vol. II*. Dirigido por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba y coordinado por Laura Alascio y Carrasco. Barcelona: Atelier, 2009, p. 1114.

⁸⁰² Ejemplarmente claro al respecto, PRATDESABA I RICART, R. (“La successió contractual en el nou llibre IV del Codi Civil de Catalunya”, en AA.VV.: *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitària, 2010): “(...) en principi, els pactes successoris són irrevocables, que és l’única manera de donar a les parts contractants la seguretat necessària. De tota manera, atesa la seva naturalesa contractual, les causes de revocació, modificació, resolució o nul.litat ja no són només les que provenen de la dogmàtica successòria, sinó també de les donacions i dels contractes”.

⁸⁰³ Cfr. DEL POZO CARRASCOSA, P., VÁQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de...*, p. 316.

entonces no cabrá duda de que existen, como afirma la doctrina, demasiadas excepciones a la regla de irrevocabilidad de los pactos sucesorios. En cambio, una recta interpretación de las causas de revocación contenidas en los arts. 431-13 y 431-14 CCCat no puede llevarnos a concluir que los pactos sucesorios son libremente revocables⁸⁰⁴. Veámoslo:

La primera de las causas de revocación reguladas en el CCCat, la revocación ante la indignidad del favorecido (art. 431-13), no plantea demasiadas dudas en tanto en cuanto la indignidad se configura como un impedimento básico del derecho de sucesiones, perfectamente compatible con el principio de irrevocabilidad de los pactos sucesorios. Nótese, de hecho, que se trata más de una inhabilidad del favorecido para suceder que de un arrepentimiento por parte del causante. Una inhabilidad que debe ser apreciada libremente, eso sí, por el otorgante⁸⁰⁵.

Por otro lado, las causas de revocación dispuestas en el art. 431-14 CCCat, se relacionan, directa o indirectamente, con la capacidad de autorregulación y autonomía de las partes para obligarse. Así, en efecto, si los pactos sucesorios son revocables (i) por las causas pactadas expresamente; (ii) por el incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido; (iii) por la imposibilidad de cumplir la finalidad prevista o; (iv) por la desaparición sobrevenida e imprevisible del fundamento del pacto será, obviamente, porque las partes pueden (i) regular cuáles son las causas de revocación; (ii) imponer cargas a la parte favorecida por los pactos o (iii) expresar una finalidad específica a cumplir a través de los pactos⁸⁰⁶.

Así lo dispone el art. 431-6 en lo que respecta a las cargas o a la finalidad determinante⁸⁰⁷ (y las obligaciones necesarias para su cumplimiento) del pacto. Es más,

⁸⁰⁴ En sentido contrario se pronuncia DEL POZO CARRASCOSA, P.: “Capítulo 34: Pactos sucesorios en...”, p. 1378.

⁸⁰⁵ Decimos libremente por cuanto, según el art. 431-13 CCCat, la indignidad no se aplica de forma automática. Es el causante el que debe apreciarla y decidir si revoca o no las disposiciones.

⁸⁰⁶ A título de ejemplo establece el art. 431-6 CCCat que la finalidad puede consistir en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional”.

⁸⁰⁷ Afirman DEL POZO CARRASCOSA, P., VÁQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (*Derecho Civil de...*, p. 311) que la finalidad determinante a la que se refiere el art. 431-6 CCCat no resulta equiparable a unos simples motivos sino que deben tener un carácter determinante para el otorgamiento del pacto sucesorio. Al respecto, continúan estos autores (*Ibidem*, p. 314) que solo tendrán carácter

no solo puede imponerse una carga o pactarse una finalidad porque así lo prevea expresamente la Ley, sino sobre todo, porque así se deriva necesariamente del principio de autonomía de la voluntad que, como en todo convenio, también rige en relación con los negocios jurídicos sucesorios. Una autonomía de la voluntad que tiene como límite, de un lado, la interdicción de la arbitrariedad de una de las partes en el cumplimiento de lo pactado y, de otro lado, el respeto de la naturaleza del pacto sucesorio y de su causa.

Para la mayor parte de la doctrina⁸⁰⁸, la característica esencial que distingue los pactos sucesorios frente al testamento es la irrevocabilidad que deriva de la existencia de un consentimiento contractual vinculante. Esa irrevocabilidad, sin embargo, no implica (también para la mayoría de la doctrina) que los pactos sucesorios compartan la estructura de los contratos con obligaciones recíprocas. Los pactos sucesorios son un convenio que, sin embargo, no genera obligaciones sinalagmáticas, sino que participa de la estructura y naturaleza propia de los negocios unilaterales a título lucrativo⁸⁰⁹. Ello implica que el favorecido o la contraparte otorgante (si es distinto al favorecido) no queda obligada “a cambio” o en contraprestación de la obligación contraída por el causante en virtud del pacto sucesorio. No existe “contraprestación” como tal (y por ello no puede hablarse de resolución en el supuesto en que el favorecido no cumpla con las cargas impuestas)⁸¹⁰,

determinante aquellas finalidades que se hayan hecho constar explícitamente en el pacto sucesorio. Disponen estos autores también que la finalidad determinante puede referirse a la totalidad del pacto sucesorio o bien solo a alguna de sus disposiciones. Para que puede hablarse con propiedad de la existencia de una finalidad determinante cuya imposibilidad de cumplimiento pueda dar lugar a la revocación del pacto es necesario que se haya causalizado los motivos de las partes. De esta opinión son también PUIG I FERRIOL, LL. y ROCA I TRIAS, E: *Instituciones del Dret...*, pp. 468 y 469.

En sentido contrario, defiende FERRER I RIBA, J. (“Comentarios a los arts. 431-1 a 431-6”, en AA.VV.: *Comentario al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a las sucessions. Vol. II*. Dirigido por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba y coordinado por Laura Alascio y Carrasco. Barcelona: Atelier, 2009, p. 1089) que “[e]ncara que les parts no hagin portat la finalitat al contracte, haurien de poder acreditar, arribat el cas, que una determinada finalitat tenia caràcter essencial o constituïa la base del contracte, a fi de poder-lo deixar sense efecte si ha decaïgut o ha quedat frustrada”.

⁸⁰⁸ V. EGEA I FERNÁNDEZ, J.: “Comentario al art. 431-13”, en AA.VV.: *Comentario al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a las sucessions. Vol. II*. Dirigido por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba y coordinado por Laura Alascio y Carrasco. Barcelona: Atelier, 2009, p. 1118.

⁸⁰⁹ Como expone GINÉS CASTELLET, N. (“Algunas reflexiones sobre...”): “[...] ni la ordenación en contrato priva al pacto sucesorio de su naturaleza de disposición mortis causa ni la bilateralidad del negocio ha de conllevar necesariamente reciprocidad, sino, simplemente (como si eso fuera poco), compromiso”.

⁸¹⁰ En el proyecto inicial de libro IV sí se establecían “causas de resolución” y no de revocación. Ello fue duramente criticado por EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Protocolo familiar y pactos sucesorios: La proyectada reforma de los heredamientos”. *Indret*: julio, 2007, 36 pp.

sin perjuicio de que puedan existir justas causas de revocación compatibles con el respeto al consentimiento libremente otorgado.

En concreto, dispone la doctrina que aunque se impongan cargas al favorecido, estas cargas no pueden equipararse al concepto de contraprestación típico de los contratos sinalagmáticos⁸¹¹. Las cargas que según el art. 431-6 CCCat pueden imponerse al favorecido son un elemento accesorio de la voluntad del causante⁸¹². En definitiva, para la mayor parte de la doctrina, a pesar de los titubeos del Preámbulo, no caben los pactos sucesorios con causa onerosa⁸¹³. Ni siquiera existe causa onerosa ni obligación recíproca *strictu sensu* cuando un pacto contenga disposiciones recíprocas (a modo de testamento mancomunado), tal y como permite el art. 431.1 CCCat. En ese caso, cada una de las disposiciones contenidas en el pacto es independientemente de la otra. No están causalizadas entre sí⁸¹⁴.

La inexistencia de reciprocidad, de contraprestación y de onerosidad en sentido estricto es lo que impide que el incumplimiento de la carga impuesta pueda dar lugar a la solicitud del cumplimiento *in natura* o al resarcimiento de daños⁸¹⁵ y perjuicios, o que la imposibilidad de cumplir la finalidad determinante o el cambio sobrevenido de

⁸¹¹ V. EGEA I FERNÁNDEZ, J.: “Comentario al art. 431-14”, en AA.VV.: *Comentario al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a las sucessions. Vol. II*. Dirigido por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba y coordinado por Laura Alascio y Carrasco. Barcelona: Atelier, 2009, p. 1123.

⁸¹² Al respecto, el anterior autor dispone lo siguiente (*Ibidem*, p. 1128): “Precisament pel que fa al mode, i posant-lo en relació amb les càrregues que poden gravar el pacte successori, cal tenir en compte que l’art. 428-1 preveu que, mitjançant l’establiment d’un mode, el causant pot imposar a l’hereu contractual o a l’afavorit amb una atribució particular una càrrega, una destinació o una limitació, que, per la seva finalitat, no atribueixi altres drets que el de demanar-ne el compliment, sense que repercuteixi en profit directe de qui el pot demanar. Si la càrrega o el mode que s’imposa en el pacte successori s’ha de cumplir en vida de l’otorgant, s’aplica l’art. 531-18, que permet que els gravàmens, càrregues o modes es puguin imposar *a favor dels mateixos donants* (heretants) o de terceres persones. En qualsevol cas, en el mode imposat a l’afavorit per un pacte successori que s’ha de cumplir en vida, no sembla necessari preveure que es pugui garantir amb una condició resolutòria, ja que el mateix atorgant pot vetllar pel compliment d’una manera més fàcil i efectiva: revocant-lo”.

⁸¹³ Así, por ejemplo, establece GINÉS CASTELLET, N. (“Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación”. *Actualidad Civil*: nº 5, marzo-2011, p. 551) que no cabría un pacto por el que se instituyera heredero a una determinada persona a cambio de un millón de euros, sin que ello implique por supuesto, como ocurre en otro tipo de negocios gratuitos, que no pueda imponerse un modo o incluso causalizarse el pacto.

⁸¹⁴ En ese sentido también GINÉS CASTELLET, N.: *Ibidem*, pp. 551 y 552.

⁸¹⁵ Sin perjuicio de las posibles garantías impuestas en cumplimiento del modo (V. art. 428.4 CCCat).

circunstancias dé derecho a la resolución del pacto. El incumplimiento de las cargas impuestas, la imposibilidad de cumplimiento de la finalidad determinante o el cambio sobrevenido de circunstancias solo da lugar a la revocación del pacto pero no a la solicitud de cumplimiento o a la resolución contractual (art. 431-13 y 431-14 CCCat)⁸¹⁶.

No puede dejar de señalarse aun así que algunos autores sí apuntan la posibilidad de que los pactos sucesorios tengan causa onerosa⁸¹⁷. La mayoría de estos autores se basa en el Preámbulo, en el que específicamente se establece que “[e]l tipo básico de pacto sucesorio implícito en el libro cuarto es un pacto con causa gratuita, en el que pueden imponerse cargas al favorecido, como por ejemplo la de cuidar a un otorgante que tenga la condición de causante de la sucesión y prestarle asistencia, así como la de hacer constar la finalidad que se pretende alcanzar con el otorgamiento del pacto. Eso no impide que las partes puedan causalizar el pacto de modo diferente, dada la libertad de configuración del contenido que les da el libro cuarto”. En particular, se defiende la posibilidad de que se solicite el cumplimiento *in natura* de la carga impuesta en virtud del pacto sin necesidad de que la revocación sea la única salida ante el incumplimiento de dichas cargas (siempre que la carga impuesta no sea de carácter personalísimo⁸¹⁸).

A nuestro juicio, en cambio, es más acertada la posición de aquellos que defienden que la causa del pacto sucesorio nunca puede ser onerosa y que, por ello, de dicho pacto no pueden generarse obligaciones (mucho menos obligaciones de tipo sinalagmático) que puedan resultar, ante su incumplimiento, en una acción de cumplimiento o de resolución a imagen y semejanza a la regulada en el art. 1124 CC.

⁸¹⁶ Expone EGEA FERNANDEZ, J. (“El nou règimen jurídic de la successió contractual”. *RJC*: (2009-1), pp. 9-58) que la mayoría de normas del Título III no encajan con las normas propias de las relaciones contractuales de carácter recíproco. La ausencia más destacada, desde luego, es la imposibilidad de solicitar el cumplimiento de las cargas impuestas. En este sentido, apunta PRATDESABA I RICART, R. (“La successió contractual...”) que “[l]es càrregues com per exemple tenir cura del causant no són contraprestacions i el seu incompliment podria, en tot cas, permetre la revocació unilateral del pacte (...), però no exigir-ne el compliment”.

⁸¹⁷ Admite esta posibilidad FERRER I RIBA, J.: “Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya”. en AA.VV.: *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitària, 2010, pp. 1045 a 1091.

⁸¹⁸ En este sentido, BRANCOS NÚÑEZ, E.: “Els pactes successoris en el Llibre IV del Codi Civil de Catalunya”. *RJC*: (2009-4), pp. 961 a 963. Defiende este autor que la opción de revocación ante el incumplimiento de cualquier carga, por nimia que sea, puede resultar muy drástica.

6.2.2 Causas de revocación de los pactos sucesorios basadas en la alteración sobrevinida de las circunstancias

Tanto o más importante que analizar la naturaleza del pacto sucesorio como negocio jurídico es averiguar hasta qué punto las causas de revocación contempladas legalmente resultan respetuosas con esa naturaleza. En particular y, por razones obvias, en este trabajo solo nos centraremos en las causas de revocación reguladas en los apartados c) y d) del art. 431-14. En definitiva, son estas dos causas de revocación las únicas que se relacionan con el tema que ocupa el presente estudio. Empezaremos por la causa regulada en el apartado d) de dicho artículo.

➤ *Apartado d) de art. 431-14.1: afectación del fundamento del pacto*

Dispone el art. 431-14.1 que “[l]os otorgantes de un pacto sucesorio pueden revocar unilateralmente el pacto o, si procede, las disposiciones que contiene: (...) d) [p]or el hecho de producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento”.

Reformulando lo establecido por el art. 431-14.1 en su apartado d), parece que si se produce un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron el fundamento del pacto en el momento de su otorgamiento, los otorgantes pueden revocar el pacto o alguna de las disposiciones que contiene (esta última opción solo puede darse si el cambio de circunstancias afecta a alguna o algunas de esas disposiciones y el resto del pacto sigue teniendo sentido sin la disposición en cuestión). Como es evidente, para comprender el alcance de esta causa de revocación es necesario que nos preguntemos qué debe entenderse por los términos “sustancial”, “sobrevenido”, “imprevisible” y “fundamento”.

Empezando precisamente por la idea de fundamento, no puede dejar de señalarse que, al contrario de lo que ocurre con el término finalidad determinante (art. 431-6 CCCat), no existe ningún artículo sobre pactos sucesorios dedicado a definir o a de otro modo conceptualizar la idea de fundamento. De lo que no cabe duda es de que uno y otro concepto son diferentes. Prueba de ello es que la causa de revocación inmediatamente anterior (la contemplada en el apartado c del art. 431-14) sí tiene como protagonista la

finalidad determinante de la que también trata el art. 431-6 CCCat: el legislador ha querido diferenciar la finalidad determinante del pacto de su fundamento, así como las causas de revocación relacionadas con cada una de ellas.

Como se ha adelantado ya y seguiremos desgranando más adelante, la existencia de una finalidad determinante que pueda dar lugar a la revocación del pacto o de alguna de sus disposiciones exige que las partes hayan establecido con claridad cuál es el objetivo determinante que pretendían alcanzar con el acuerdo (art. 431-6 CCCat). En cuanto al fundamento o, si se prefiere, motivos y circunstancias personales que han llevado a las partes a suscribir el pacto, cabe preguntarse si resulta necesario (para que su cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible dé derecho a la revocación, claro está) que las partes también lo hayan declarado expresamente o si, en cambio, basta que de algún modo pueda derivarse de la interpretación del pacto o de sus disposiciones⁸¹⁹.

A nuestro juicio, a pesar de que no existe en relación con el fundamento del pacto un artículo como el que sí existe en relación con su finalidad determinante (art. 431-6), resulta al menos recomendable que el fundamento quede expresamente establecido en el pacto. En ese caso, esto es, si se estableció expresamente cuál era lo que fundamentaba la existencia del pacto, entonces su cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible dará derecho sin duda a la revocación del pacto. Por el contrario, si en el pacto en cuestión no se expresó cuál era su fundamento será necesario, a nuestro juicio, que la parte que pretenda su revocación demuestre no solo que se ha producido un cambio, sobrevenido e imprevisible sino también que el hipotético fundamento del pacto pudo ser conocido y reconocido como tal fundamento por la otra parte. Si no se puede probar este extremo, el fundamento y su cambio sobrevenido no será oponible frente a la contraparte. Nótese que si no se exigiese la oponibilidad del fundamento frente a la parte contra la que se pretende ejercer la revocación del pacto, se estaría poniendo en entredicho la irrevocabilidad (o revocabilidad limitada) de los pactos sucesorios.

En lo que respecta a los requisitos necesarios para la aplicación de la causa de revocación basada en el cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que conformaron el fundamento del pacto, lo cierto es que la doctrina no

⁸¹⁹ En este sentido, POZO CARRASCOSA, P., VÁQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de...*, pp. 318 y 319.

ha dedicado demasiados esfuerzos a su interpretación. La mayoría de la doctrina se limita, de un lado, a establecer que en este caso parece haberse acogido la teoría de la base objetiva del negocio y, de otro lado, a criticar esta causa de revocación atendiendo a que esta teoría es de aplicación típica a negocios onerosos que no comparten el esquema del pacto sucesorio⁸²⁰.

A nuestro juicio, parece obvio que el legislador catalán ha acogido los requisitos que el TS viene exigiendo para la aplicación de las doctrinas de la *rebus sic stantibus* o de la ruptura de la base del negocio a excepción lógicamente de la excesiva onerosidad⁸²¹. Y, por ello, a nuestro juicio, deben hacerse las mismas precisiones que hacíamos al analizar los requisitos de dichas doctrinas en los capítulos segundo y quinto del presente trabajo. No hay nada que objetar a la exigencia de que el cambio de circunstancias sea sobrevenido (es este requisito el que diferencia las doctrinas del cambio de circunstancias de aquellas otras basadas en el error como vicio del consentimiento). En segundo lugar, en cuanto a la necesidad de que el cambio de circunstancias sea sustancial ocurre exactamente lo mismo que pasaba con la exigencia del TS de que el cambio de circunstancias sea extraordinario para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Nada aporta la exigencia de que el cambio de circunstancias, en sí mismo considerado, sea sustancial si ya es sobrevenido, imprevisible y afecta al fundamento del pacto oponible a la contraparte.

Por último, en lo que respecta a la necesidad de que el cambio de circunstancias sea imprevisible, creemos también que no debe exigirse una imprevisibilidad radical y absoluta. Basta, de hecho, con que se determine que el otorgante de la disposición sucesoria en cuestión no debería haber previsto el cambio de circunstancias atendiendo a criterios objetivos⁸²². Estos criterios objetivos, por cierto, deben ser menos rígidos que los aplicados en los negocios onerosos. Esta mayor flexibilidad en la determinación de lo que debió o no preverse se fundamenta, lógicamente, en el hecho de que, al ser el pacto

⁸²⁰ Cfr. GINÉS CASTELLET, N.: “Los pactos sucesorios...”, p. 559 y EGEA FERNANDEZ, J.: “El nou règimen...”, p. 51.

⁸²¹ En el mismo sentido, EGEA I FERNÁNDEZ, J.: “Comentario al art. 431-14...”, p. 1128.

⁸²² A nuestro juicio, el término imprevisible contenido en el art. 431-14 CCCat debe interpretarse de forma extensiva de tal modo que solo se exija la imprevisión razonable, tal y como se hace en el art. 230-20.5 CCCat en relación con los pactos en previsión de la ruptura conyugal.

sucesorio un negocio no lucrativo, no puede afirmarse sin más que el causante haya asumido el riesgo de que el fundamento del pacto se viera modificado en muchas circunstancias. A nuestro juicio, debería bastar con que el otorgante no debiera prever con un mínimo de diligencia el cambio sobrevenido de circunstancias. En ese caso, siempre podrá revocar el pacto. La falta de contraprestación hace que el fundamento del pacto tome un papel más significativo que en otro tipo de negocios: sin ese fundamento o motivación del causante todo el negocio carece de sentido. Aun así, debe señalarse que el cambio sobrevenido de fundamento va (y debe ir) más allá de un arrepentimiento por parte del causante. La naturaleza del pacto sucesorio exige, en efecto, que se cumplan determinados requisitos para que pueda ser revocado, esto es, que el cambio de circunstancias sea sustancial, sobrevenido e imprevisible. La clave está, lógicamente, en lo que deba entenderse por sustancial e imprevisible.

En la doctrina se afirma que esta causa de revocación podría alegarse en particular en el supuesto que el pacto sucesorio se suscriba con el futuro cónyuge (algo que permite el art. 431-2 CCCat) pero finalmente el matrimonio no llegue a celebrarse⁸²³. Sin embargo, dado que los casos pueden ser múltiples, lo más relevante a nuestro juicio no es establecer de antemano los posibles supuestos sino la demostración de que el fundamento alegado es oponible frente a la contraparte y que el cambio de circunstancias que lo altera no debió ser previsto por el otorgante.

Por otro lado, y a pesar de lo que afirma parte de la doctrina, el hecho de que los pactos sucesorios no sean un negocio oneroso no resulta en impedimento alguno para la existencia de la causa de revocación regulada en el art. 431-14 CCCat, apartado d). El fundamento del pacto sucesorio, como el de cualquier negocio, puede protegerse con independencia de la gratuidad u onerosidad del negocio. Que el negocio sea oneroso solo debe exigirse en aquellos supuestos en que lo que se protege es una excesiva onerosidad derivada de un cambio de circunstancias. Pero eso, por supuesto, no es lo que protege la causa de revocación contenida en el apartado d) del art. 431-14 CCCat.

⁸²³ V. POZO CARRASCOSA, P., VÁQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de...*, p. 305.

En lo que respecta a la legitimación para revocar el pacto, lógicamente esta corresponde al otorgante de la disposición sucesoria y no al favorecido (o al otro otorgante si no es el beneficiario) incluso aunque un cambio sobrevenido de circunstancias haya afectado al fundamento sobre la base del cual este último decidió aceptar una carga⁸²⁴.

➤ *Apartado c) de art. 431-14.1: afectación de la finalidad del pacto*

Entrando en la última causa de revocación de los pactos sucesorios que analizamos en el presente trabajo, dispone el art. 431-14 que “[l]os otorgantes de un pacto sucesorio pueden revocar unilateralmente el pacto o, si procede, las disposiciones que contiene: (...) c) [p]or imposibilidad de cumplimiento de la finalidad que fue determinante del pacto o de alguna de sus disposiciones”.

Sobre esta última causa de revocación, la doctrina ha aseverado que funciona a modo de condición resolutoria y que puede activarse tanto si el cumplimiento de la finalidad se ha tornado imposible de forma imputable a alguna de las partes como si ha ocurrido ante un caso fortuito o de fuerza mayor⁸²⁵. A nuestro juicio, y por eso lo tratamos aquí, los mismos requisitos exigidos a la causa de revocación contemplada en el apartado d) del art. 431-14 debería exigirse a la contemplada en el apartado c). En concreto, debería exigirse que la imposibilidad de cumplimiento de la finalidad sea sobrevenida (de lo contrario, creemos que se trata de un error sobre la finalidad o los motivos del pacto, contemplado en el art. 431-9 CCCat), así como que la parte que pretende la revocación del pacto o de sus disposiciones no haya podido prever o impedir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento de la finalidad determinante. Bastaría de hecho con exigir que la parte que pretenda la revocación (esto es, el causante) sea ajeno a la imposibilidad de cumplir la finalidad. Ello incluiría tanto los casos en los que fortuitamente y de forma imprevista el cumplimiento de la finalidad se ha tornado imposible como aquellos otros

⁸²⁴ Al respecto, señala EGEA FERNANDEZ, J. (*Ibidem*, p. 51) que “[e]l Codi, en canvi, generalitza la regla del canvi de circumstàncies també per a un règim de càrregues modals, de manera que si, per exemple, l’afavorit s’ha obligat a tenir cura del causant, comptant amb una determinada situació patrimonial o personal, i en el moment del compliment aquesta canvia de forma substancial, imprevisible i sobrevinguda, es faculta l’atorgant per revocar el pacte. No es diu res, en canvi, sobre si el gravat ha de suportar o no el canvi de circumstàncies, però és obvi que el remei no pot ser la revocació del pacte, per la qual només està legitimat qui ordena la successió i fa l’atribució”.

⁸²⁵ V. FERRER I RIBA, J.: “Comentarios a los...”, pp. 1088 y 1089.

en los que ha sido la contraparte o un tercero totalmente ajeno el que ha provocado dicha imposibilidad.

Legitimado, nuevamente, parece que solo estará el causante. Es este, en efecto, el encargado de valorar en primera instancia que la finalidad determinante del pacto se ha tornado imposible. En cuanto a lo que puede revocarse, parece que a priori podrá ser tanto el pacto en su totalidad como alguna o varias de sus disposiciones (aunque probablemente resulte difícil encontrar algún caso en el que la imposibilidad de cumplimiento de la finalidad determinante solo afecte a una disposición sin afectar a la totalidad del pacto⁸²⁶).

➤ *Consecuencias de la revocación del pacto*

En cuanto a las consecuencias de la revocación (por cualquier causa), establece el art. 431-16 que, salvo que exista un pacto reversional, los efectos de la revocación de un pacto sucesorio son los propios de la revocación de donaciones, excluyéndose por completo, además, la posibilidad de que el juez modifique o adapte el pacto⁸²⁷. Además, dispone el apartado 2º de dicho precepto que “[e]n caso de revocación del pacto o de una disposición por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad o por cambio de circunstancias, la parte que ha cumplido cargas u obligaciones que han producido un enriquecimiento en la otra parte debe ser debidamente compensada”.

Este segundo apartado refleja a la perfección la idea de neutralidad que en este trabajo venimos defendiendo en la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias. Así, efectivamente, resulta lógico que la revocación deba resultar neutra para los demás obligados y que, por ello, el causante deba compensar los perjuicios causados ante el cumplimiento de una carga que ha quedado sin fundamento alguno (salvo que el obligado a satisfacer esta carga u obligación haya tenido alguna responsabilidad en las causas que originaron la revocación⁸²⁸). Puede discutirse,

⁸²⁶ V. EGEA I FERNÁNDEZ, J.: “Comentario al art. 431-14...”, p. 1127.

⁸²⁷ En este mismo sentido, v. PUIG I FERRIOL, LL. y ROCA I TRIAS, E: *Institucions del Dret...*, p. 469.

⁸²⁸ DEL POZO CARRASCOSA, P., VÁQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (*Derecho Civil de...*, p. 320) ponen el ejemplo de una persona que ha dedicado su tiempo a atender gratuitamente al otorgante inválido. A esa persona, si se revoca el pacto, deben compensársele los gastos incurridos e incluso el perjuicio sufrido.

por último, si al mencionar el término enriquecimiento injusto, el art. 431-16 está exigiendo que se pruebe la existencia de un enriquecimiento y empobrecimientos correlativos efectivos sin causa que los justifique o, si por el contrario, dicho enriquecimiento debe presumirse siempre que se haya cumplido con la carga u obligación modal y el pacto haya sido revocado. A nuestro juicio, esta última opción es la más adecuada.

6.3 La alteración sobrevenida de las circunstancias en el Fuero Nuevo de Navarra

Dispone la Ley 493 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra⁸²⁹ que “(...) [c]uando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

Para la aplicación del tercer apartado de la Ley 493⁸³⁰, es necesario que la alteración se produzca en relación con una obligación de ejecución diferida (“largo plazo”

⁸²⁹ Ley 1/1973 de 1 de marzo por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil de Navarra.

⁸³⁰ La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en materia de Derecho civil navarro sigue muy de cerca la jurisprudencia clásica del TS en la aplicación del derecho civil estatal. Así, por ejemplo, lo establece la STSJNavarra de 24 de mayo de 1995 (La Ley 6348/1995): “No obstante cuanto antecede, los requisitos que la norma de nuestra Compilación establece para su aplicación son prácticamente coincidentes con los que viene manteniendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y que ha sido tenida en cuenta por la Sentencia impugnada.

Así, tratándose de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo (cual sucede en el supuesto controvertido), la aplicación de la Ley 493.3 requiere de haberse producido una alteración fundamental y grave del contenido económico de la obligación o de la proporcionalidad de las prestaciones; dicha alteración ha de ser fruto o producto de haber sobrevenido circunstancias imprevistas; y que derivado de todo ello se haga extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes.

El ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es en Navarra, salvo en la previsión tendente a declarar la modificación de la obligación o resolución, es prácticamente coincidente con cuanto viene estableciendo reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que a su vez refiere la doctrina jurídica existente en la materia, independientemente de las distintas tesis en que se basan los diferentes autores y, que, con similares caracteres, viene siendo recogida o aplicada en el Derecho Comparado.

según la Compilación) o de tracto sucesivo. Lógicamente, si lo que provoca la alteración del contenido de la obligación es un cambio de circunstancias, no cabe duda de que la obligación no puede ser de ejecución instantánea, pues la instantaneidad elimina la posibilidad de que sobrevengan circunstancias nuevas.

El resultado del que parte la Ley 493 de la Compilación Navarra es bien una alteración fundamental o grave del contenido de la obligación o bien la alteración de la proporción entre las obligaciones. Se exige, en definitiva, una excesiva onerosidad que, atendiendo a los términos del precepto, puede resultar de la comparación entre prestación y contraprestación (proporción entre las obligaciones) o bien considerando tan solo la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa. La figura contemplada en la Ley 493 parece que es de aplicación a todo tipo de obligaciones, ya sean sinalagmáticas o no, contractuales o extracontractuales. Ello deriva no solo del hecho de que lo que exija el artículo sea que el contenido de la obligación (sin especificar el tipo) se vea fundamental y gravemente alterado, sino también del hecho de que el precepto se encuentre en sede del Título VIII, dedicado a las obligaciones en general. Del mismo modo, la grave alteración exigida por la Ley 493 puede apreciarse debido a una desproporción entre las prestaciones onerosas de un contrato sinalagmático pero ello no es necesariamente así. La obligación, ya derive o no de un contrato con obligaciones sinalagmáticas, también puede tornarse excesivamente onerosa en sí misma considerada, sin atender (si existe) al valor de la contraprestación.

Por otro lado, como acabamos de adelantar, la extraordinaria onerosidad de la obligación (en el Fuero Nuevo no se utiliza el término excesivo) debe venir provocada por un cambio sobrevenido de circunstancias imprevisto por las partes. Se exige, con gran acierto a nuestro juicio, la imprevisión y no la imprevisibilidad del cambio de

Así, la Sentencia de 6 de octubre de 1987 declara que, a partir de la Sentencia de 13 de junio de 1984, la doctrina ya consolidada estima como premisas imprescindibles para su aplicación: alteración extraordinaria de las circunstancias, al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración; que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. Requisitos recogidos igualmente en la de 16 de octubre de 1989 que, haciéndose eco de la doctrina inserta en las Sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 5 de junio de 1945 y 17 de mayo de 1957 añade para su aplicación la existencia de una desproporción exorbitante, producida fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, siendo de similar tenor las Sentencias de 23 de abril y 8 de julio de 1991, 6 de noviembre y 31 de diciembre de 1992, 14 de diciembre de 1993 y 15 de marzo y 20 de abril de 1994 (fundamento de derecho cuarto)”.

circunstancias⁸³¹. Aun así, y a pesar de que ello no se estipule expresamente en la Ley 493, no debe (o no debería) bastar con la mera imprevisión. Debe exigirse una imprevisión razonable en función de cuáles son los riesgos que, por el tipo de obligación de que se trate o por las circunstancias de las partes y del negocio en cuestión, han sido o debieron ser asumidos en el momento del nacimiento de la obligación. Del mismo modo, debe exigirse la total inimputabilidad del cambio de circunstancias.

Ambos requisitos, la imprevisión razonable (incluyendo la no asunción del riesgo de la alteración) y la inimputabilidad del cambio de circunstancias podrían haberse requerido mediante la inclusión del requisito de la ajenidad tanto del cambio de circunstancias como del resultado que provoca para la parte que pretende la revisión o extinción de su obligación. Aun así, a pesar de que no se incluyan estos requisitos en la Ley 493, su exigencia resulta fundamental para evitar que, ante cualquier cambio imprevisto por las partes, pueda esfumarse la obligatoriedad de los compromisos asumidos.

En cuanto a las consecuencias de la aplicación de la Ley 493, establece el precepto en cuestión que la parte afectada “podrá [...] solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o [que] se declare su resolución”.

A nuestro juicio, como ya hemos avanzado y argumentaremos en más detalle en los siguientes capítulos de este trabajo, en supuestos en los que nos encontremos ante obligaciones contractuales sinalagmáticas, la solución adecuada consiste en la resolución del contrato con la indemnización de aquellos gastos incurridos por el acreedor en la preparación de su propia prestación, así como de los beneficios que este haya recibido con anterioridad a la resolución (si esta no tiene efectos *ex tunc*). De lo contrario, esto es, si en estos casos se optara por la revisión judicial, entonces, el contrato, como producto del acuerdo de voluntades, quedaría desconfigurado mediante su adaptación a través de

⁸³¹ En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo”. *Revista Jurídica de Navarra*: n° 30, 2000, p. 56.

Sobre este artículo, v. también EGUZQUIZA BALMASEDA, M. A.: “Comentario a la Ley 493”, en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil de Navarra*. Pamplona: Aranzadi, 2002, pp. 1664 a 1673.

la equidad, sustituyendo la equidad el papel que debe cumplir el consentimiento de las partes.

La revisión judicial del contrato sí es una solución adecuada en obligaciones no contractuales o unilaterales. El origen de estas obligaciones, como dispone la Ley 515, es la propia estipulación o promesa del deudor, sin necesidad de que medie contraprestación. Por ello, en estos casos, la revisión de la prestación no es contraria a su origen en la medida en que la modificación conforme a la equidad aliviará al deudor manteniendo al tiempo el compromiso adquirido (que pasará a ser más equitativo). Por su parte, el acreedor de esta obligación no sufrirá ningún agravio más allá de la propia afectación consistente en el cambio de circunstancias: el acreedor, tras la revisión, no quedará obligado a nada pues a nada estaba obligado tampoco antes de producirse el cambio en las circunstancias.

7. LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS MÁS MODERNAS PROPUESTAS PARA LA UNIFICACIÓN/MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS

La alteración sobrevenida de las circunstancias está dejando de ser una figura de carácter excepcional. De hecho, si se atiende a las más modernas propuestas surgidas en los últimos tiempos en relación con la unificación del derecho contractual⁸³², se apreciará que esta institución se configura como una de las vicisitudes normales del contrato⁸³³.

⁸³² En lo que respecta a las propuestas internacionales, en este trabajo tan solo analizamos en profundidad la propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y, en menor medida, los Principios Unidroit. Ello se debe a que, en lo referente a la alteración sobrevenida de las circunstancias, la regulación presente en las otras propuestas europeas es muy parecida (en algunos aspectos idéntica) a la contenida en la propuesta de reglamento de compraventa europea. Sobre la estrecha relación y semejanzas entre los PECL, los principios Aquis y el DCFR, así como sobre la posible introducción de un instrumento optativo como el CESL, v. INFANTE RUÍZ, F.: “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho Privado Europeo”. *InDret*: 2/2008, 2008, pp. 39 a 41 y GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de...*, pp. 385 a 433.

Tampoco analizamos en profundidad la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías toda vez que, como tal, la alteración sobrevenida de las circunstancias no viene recogida en dicha Convención. En dicha Convención, en su art. 79, solo se regula la exoneración de la obligación de daños y perjuicios en supuestos en que el incumplimiento se deba a un impedimento ajeno al deudor. La aplicación de dicho artículo solo exonera de la indemnización de daños y perjuicios, no dando lugar a ningún otro efecto.

Sobre este artículo, v. SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 79”..., pp. 636 a 655. En particular, expone este autor que solo los casos extremos de alteración sobrevenida podrían quedar englobados en el ámbito del art. 79. También afirma que la única consecuencia en la aplicación del artículo es la exclusión de la posibilidad de solicitar daños y perjuicios, no el resto de consecuencias del incumplimiento (*Ibidem*, pp. 644 y 653): “Únicamente la alteración esencial e insoportable de las circunstancias que afecta a la propia “existencia social” (“Socialexistenz”), como por ejemplo, la guerra, el hundimiento del sistema económico o de la moneda nacional podría ser tomada en cuenta para exonerar al deudor que, de ser forzado a cumplir con la prestación prometida y todavía posible, resultaría arruinado: para la opinión considerada y seguida aquí, la prevalencia de la voluntad de las partes sobre las disposiciones del Convenio (art. 6), unida a la exigencia de observar la buena fe en el tráfico internacional (art. 7.I) conllevan la posibilidad de tener en cuenta los casos extremos de insoportable onerosidad sobrevenida. De nuevo, se trata de asignar los riesgos contractuales en función del contrato concreto”. (...) “Para la opinión mayoritaria y seguida aquí, la exoneración del deudor no altera la naturaleza de incumplimiento contractual que tiene “la falta de cumplimiento” en el mismo artículo 79.1. Consecuentemente, cualquier “derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios conforme a la presente Convención” permanece también inalterado (art. 75.5)”.

⁸³³ Así lo exponen también DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Compraventa civil. Resolución. Objeto de la compraventa (finca vendida como solar edificable) que pierde esta condición. Consecuencias jurídicas de esta modificación sustancial que afecta al objeto del contrato y lo convierte en inhábil para la finalidad pretendida, con la consiguiente frustración del fin del contrato”. *CCJC*: nº 88, enero-abril 2012, pp. 342 y 343 y 346 a 349 y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el derecho comparado y en los textos internacionales”., en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 83 a 107.

La normalidad de la figura no solo deriva de su inclusión en las propuestas internacionales para la unificación del derecho contractual sino también, sobre todo, por el modo en que han sido regulados sus requisitos de aplicación y de su entronque en la teoría general de las obligaciones⁸³⁴.

A continuación analizamos los requisitos de aplicación exigidos a la figura en algunas de esas propuestas pues ese es, el análisis de los requisitos, el único medio de averiguar el entronque y relación de la alteración sobrevenida de las circunstancias con la teoría general del contrato y de las obligaciones.

7.1 Art. 89 de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)

7.1.1 Configuración de la alteración sobrevenida en el CESL y consecuencias

Los redactores de la propuesta de reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)⁸³⁵ han sido conscientes de las dudas que el reconocimiento

⁸³⁴ A favor de la regulación de esta figura, TALLON, D.: “Hardship”, en AA. VV.: *Towards a European Civil Code*. Ed. Kluwe Law International, 2004, p. 500.

⁸³⁵ El CESL, según sus arts. 1 y 3, solo será aplicable a los contratos en él regulados en la medida en que las partes así lo acuerden y el contrato pueda ser calificado como un contrato transfronterizo. Según el art. 4 CESL, el contrato “entre comerciantes constituye un contrato transfronterizo si las partes tienen su residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro”.

Además, para la aplicación del CESL, el art. 7 exige que al menos una de las partes sea una PYME según la definición que de este concepto proporciona dicho precepto. Por otro lado, aunque también según el art. 4, un contrato entre un comerciante y un consumidor es un contrato transfronterizo si la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación está situada en un país distinto de aquel en que el comerciante tenga su residencia habitual, siempre que al menos uno de esos países sea un Estado Miembro. En cuanto al ámbito material de aplicación, el art. 5 especifica que el CESL resultará de aplicación a los contratos de compraventa, a los contratos de suministro de contenidos digitales y a los contratos de servicios relacionados con los dos anteriores (excluyéndose, en cambio, los contratos mixtos y los vinculados a un crédito al consumo tal y como estos vienen definidos en el art. 6).

A pesar de que esta regulación versa en exclusiva sobre el contrato de compraventa, lo cierto es que también se regulan aspectos directamente relacionados con la teoría general del contrato. V. al respecto, BASEDOW, J.: “An EU Law for Cross-Border Sales Only – Its Meaning and implications in Open Markets”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Ole Lando*. Copenhagen: Djof Publishing, 2012, p. 27 y REICH, N. y MICKLITZ, H.W.: “The Commission proposal of a regulation for an optional “Common European Sales Law” – Too borad or not borad enough?”. *Eu Working Law Papers*: No 2012/04, Febrero-2012, pp. 379 a 384 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013183).

La mayoría de trabajos que hasta el momento han surgido sobre el CESL versan sobre su ámbito de aplicación así como sobre la influencia que pudiera tener una normativa común sobre compraventa tanto

del cambio de circunstancias provoca en relación con su compatibilidad con el principio *pacta sunt servanda*⁸³⁶. Buena prueba de ello resulta la regulación contenida en el art. 89 CESL que a continuación analizamos⁸³⁷. Esas dudas, por otra parte, no solo se hacen visibles en el CESL sino también en los proyectos internacionales que le anteceden: los *Principles of European Contract Law* (“PECL”), los Principios Unidroit⁸³⁸ y el *Draft Common Frame of Reference* (“DCFR”)⁸³⁹.

en el derecho comunitario como en los distintos derechos nacionales. V. al respecto, FOGT, M. M.: “Private International Law Issues by Opt-out and Opt-in Instruments of Harmonization: A comparison between CISG and CESL”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Ole Lando*. Copenhagen: Djof Publishing, 2012, pp. 117 a 149; FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Optando por la Normativa Común de Compraventa Europea”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*: nº 23, 2012, 21 pp.; SMITS, J. M.: “The Common European Sales Law and Party Choice: When Will Parties Choose the Proposed CESL?”, en AA.VV.: *Paper for the conference European Contract Law: A Law-and-Economics Perspectives*, University of Chicago Law School, Abril-2012, pp. 1 a 17; GRUNDMAN, S.: “Costs and Benefits of an Optional European Sales Law (CESL)”. *Common market law review*: vol. 50, nº Extra 1, 2013, pp. 225 a 242; CAFAGGI, F.: “CESL and Pre-contractual Liability: From a Status to a Transaction-Based Approach?” *Common market law review*: vol. 50, nº Extra 1, 2013, pp. 311 a 329; ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OLARIU, O.: “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”. *Indret*: enero, 2013, 32 pp. y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El ámbito de aplicación del Reglamento de Derecho Común Europeo de Ventas (CESL)”, en AA.VV.: *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz. T. I.* Dirigido por Ángel Carrasco Perera. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pp. 261 a 271.

La Propuesta no pretende sustituir los derechos nacionales de los estados miembros. Así lo afirma la Vicepresidenta de la Comisión Europea y Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía (REDING, v.: “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo”. Traducido por Ariadna Aguilera Rull y Albert Azagra Malo. *Indret*: Barcelona, abril-2011, 8 pp.)

⁸³⁶ Cfr. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M.: “Nuevas tendencias del derecho contractual europeo”, en PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L. y REYES LÓPEZ, M.J.: *Derecho Patrimonial Europeo*. Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi, 2003, pp. 241 a 266.

⁸³⁷ Un análisis detallado del CESL puede ser consultado en GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”. *Indret*: enero-2012, 26 pp..

El pasado 25 de septiembre de 2013 el Parlamento Europeo emitió un informe en el que proponía enmiendas en el CESL. En lo que respecta al art. 89, enmienda 177, el Parlamento solo sugirió cambiar la letra c del apartado 3 de dicho artículo, proponiendo la siguiente redacción “c) la parte perjudicada, invocando el cambio de circunstancias, no asumió, y es razonable suponer que no asumiera, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias”, en lugar de “c) la parte perjudicada no asumió, y es razonable suponer que no asumiera, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias”. Como se observa, el cambio no es sustancial.

⁸³⁸ V. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus...*, pp. 51 a 61.

⁸³⁹ Cfr. UNBERATH, H.: “Long-Term Contracts and DCFR – Interpretation and Adjustment”, en AA.VV.: *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*. Munich: Ed. Sellier. European law publishers, 2009, p. 144.

Así, lo primero que se establece en el art. 89 CESL es que “[las partes] deberá[n] cumplir sus obligaciones aun cuando el cumplimiento de las mismas resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe”⁸⁴⁰. Se confirma con contundencia la vigencia del principio *pacta sunt servanda* y su inalterabilidad ante un aumento de costes de la prestación o disminución del valor de la contraprestación y, sin embargo, acto seguido, en el segundo apartado del artículo, se regula el deber de renegociación de las partes y la posibilidad del juez de adaptar o resolver el contrato si su cumplimiento resulta excesivamente oneroso debido a un cambio de circunstancias⁸⁴¹.

Exactamente lo mismo ocurre en relación con los PECL, art. 6:111, los Principios Unidroit⁸⁴², art. 6.2.1⁸⁴³ y en el art. III.1:110 del DCFR. El esquema de regulación de todas estas propuestas es el mismo: la excesiva onerosidad de la prestación (por el aumento de costes de la prestación o ante la disminución de valor de la contraprestación) no excusa el cumplimiento (principio *pacta sunt servanda*) pero, al mismo tiempo, si esa mayor onerosidad se produce como consecuencia de un cambio de circunstancias que reúna las condiciones requeridas en cada una de las regulaciones, entonces el cumplimiento, tal y como fue diseñado por las partes, queda excusado, bien a través de la terminación del contrato, bien a través de su adaptación. La pregunta que surge de este esquema de regulación es obvia: ¿se pretende reconocer la contradicción entre el principio *pacta sunt servanda* y las figuras relacionadas con el cambio de circunstancias o lo que se pretende es todo lo contrario: esto es, hacer compatible este principio con el reconocimiento de tales figuras?⁸⁴⁴

⁸⁴⁰ Exactamente la misma expresión se utiliza en el art. 6:111 de los PECL.

⁸⁴¹ En el CESL, el principio *pacta sunt servanda* es un *soft principle*. Así lo expone ZOLL, F.: “Comentario al art. 89”, en AA.VV.: *Common European Sales Law (CESL)*. Baden-Baden (Alemania): Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, p. 418.

⁸⁴² Debe llamarse la atención sobre el hecho de que en el art. 6.2.2. de los Principios Unidroit no solo se exige, sin más, la excesiva onerosidad de la prestación, sino que la excesiva onerosidad altere de modo fundamental el equilibrio del contrato.

⁸⁴³ Una análisis comparativo entre los PECL y los Principios Unidroit puede ser consultado en ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “Problemas de la alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato en la unificación del derecho europeo”, en AA.VV.: *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*. Editado por Juan Miguel Ossorio Serrano. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2005, pp. 53 a 61.

⁸⁴⁴ Se hacen las mismas preguntas, en relación con los PECL, DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, A. M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Ed. Civitas, 2002, p. 294.

Si se atiende al apartado 1º del art. 89 CESL, no cabe duda de que lo que se protege o se contempla en el CESL es la figura conocida como la excesiva onerosidad en el cumplimiento, pudiendo manifestarse esa excesiva onerosidad a través de dos vías distintas: a través del “aumento en los costes de la ejecución” o “por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe”⁸⁴⁵. En el apartado 2º del art. 89 CESL, previamente a la regulación de los requisitos de aplicación del cambio de circunstancias, se establece la consecuencia inmediata de la excesiva onerosidad: el deber que las partes tienen de iniciar una negociación. Este deber de renegociación tiene como objeto que las partes alcancen un acuerdo en lo que respecta a las consecuencias definitivas y siempre presentes ante el cambio de circunstancias que cause una excesiva onerosidad, esto es, la adaptación del contrato (a las nuevas circunstancias) o su resolución⁸⁴⁶.

Las consecuencias últimas del cambio de circunstancias regulado en el art. 89 son, en efecto, la adaptación o resolución contractual. Esa adaptación o resolución del contrato siempre van acompañadas a su vez de una consecuencia mediata o indirecta: el deber de renegociación de las partes. Si ese deber de renegociación contractual es fructuoso serán las partes quienes apliquen, en la medida y con el alcance que precisen, la adaptación o resolución contractual previstas por el art. 89 —las partes, de hecho, siempre pueden llegar a cualquier acuerdo— y, en caso contrario, si no hay acuerdo, será la autoridad judicial la que adopte una de esas dos soluciones posibles (apartado 2º del art. 89). Como se observa, y a diferencia de lo que ocurre con la regulación contenida en el art. 6.111 PECL, en el art. 89 CESL no se establece ninguna consecuencia al incumplimiento del deber de las partes de iniciar una negociación del contrato para adaptarlo o resolverlo⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ Como se observa en el estudio realizado por SAN MIGUEL PRADERA, L.P.: (“La excesiva onerosidad...”, pp. 1115 a 1132) la regulación de este primer apartado es prácticamente idéntica a la contenida en el art. 6-111 PECL.

⁸⁴⁶ SCHWENZER, I. (“The Proposed Common European Sales Law and the Convention on The International Sale of Goods”. *UCC Law Journal*: Vol. 44, noviembre 2012, pp. 470 y 471) afirma que el deber de renegociar de las partes no tiene sentido en un contrato de tracto único como la compraventa.

⁸⁴⁷ En los PECL sí se establece expresamente que el juez podrá imponer el resarcimiento de los daños causados a la contraparte por negarse a la negociación o por romperla injustificadamente o de mala fe.

Obsérvese, sin embargo, que en las definiciones del CESL⁸⁴⁸ se establece que “[c]ada parte tendrá el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual” y que “[e]l incumplimiento de este deber podrá impedir a la parte incumplidora el ejercicio o la invocación de los derechos, remedios o medios de defensa que, en otro caso, tendría o podrá hacer responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte”.⁸⁴⁹ De la combinación de los art. 2 (de la primera parte del CESL) y 89 se infiere, por lo tanto, que el deber de renegociación impuesto a las partes en supuestos de excesiva onerosidad de la prestación (art. 89) debe realizarse de conformidad a las exigencias de la buena fe contractual (según la definición proporcionada por el propio CESL). Por otro lado, se infiere de dichos arts. que el incumplimiento de este deber supondrá bien la imposibilidad de resolver o adaptar el contrato si el que se niega a negociar o lo hace contrariamente a las exigencias de la buena fe es el deudor de la prestación que ha devenido excesivamente onerosa, o bien el deber de indemnizar las posibles pérdidas que pueda sufrir el deudor si el que incumple su deber de renegociación es el acreedor de la prestación que ha devenido excesivamente onerosa.

Si la negociación de las partes es infructuosa o se extiende más allá de lo razonable⁸⁵⁰, el órgano jurisdiccional deberá tomar una decisión entre las dos posibles soluciones contempladas en el apartado 2º del art. 89 CESL: la adaptación o la resolución del contrato.

Si el juez opta por la adaptación contractual, el art. 89 dispone que el contrato deberá adecuarse a lo que las partes habrían razonablemente acordado en el momento de

⁸⁴⁸ Debe tenerse en cuenta que en el informe del Parlamento Europeo antes citado se propone la eliminación de la letra b del art. 2 de la primera parte del CESL (no del Anexo I en que se incluye específicamente la normativa): “(b) «buena fe contractual»: una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión”

Además, el art. 3 CESL establece que “Las partes estarán obligadas a cooperar entre sí en la medida en que quepa esperar dicha cooperación para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”.

⁸⁴⁹ Afirma SCHWENZER, I. (“The Proposed Common, pp. 463 y 464) que el incumplimiento del deber establecido en el art. 2 de la primera parte del CESL puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

⁸⁵⁰ En el art. 5 CESL se establece que lo razonable (en este caso el tiempo de negociación exigido a las partes) “deberá ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las actividades comerciales o profesiones de que se trate”.

su celebración si hubieran tenido en cuenta el cambio en las circunstancias. En esa adaptación, creemos, el juez deberá hacer uso de los criterios que fija el art. 68 CESL, en el que expresamente se especifica que “[c]uando sea necesario tratar una materia que no esté regulada explícitamente por el acuerdo de las partes, un uso o práctica o una regla de la normativa común de compraventa europea, podrá inferirse una cláusula contractual adicional implícita, habida cuenta, en particular, de (a) la naturaleza y el objeto del contrato; (b) las circunstancias en las que se celebró el contrato; y (c) la buena fe contractual”.

A diferencia del criterio contenido en el art. 89, que solo se refiere a lo que las partes habrían acordado, los criterios contenidos en el art. 68 son de carácter objetivo y prescinden de cuál hubiera sido la voluntad hipotética (y siempre presunta) de las partes. Por ello, el art. 68 CESL resulta útil a la hora de excluir la aplicación del art. 89 (cambio de circunstancias) cuando se demuestre que las partes no pactaron nada sobre el cambio de circunstancias debido a que pretendían asignar el riesgo de la excesiva onerosidad a alguna de ellas. En este sentido, dispone el segundo párrafo del apartado 2º del art. 68 que “[e]l apartado 1 no se aplicará cuando las partes hayan deliberadamente omitido regular una materia, aceptando que el riesgo que de ello se derive lo asuma una u otra parte”.⁸⁵¹

Si el tribunal decide resolver el contrato, deberá hacerlo, pues así lo establece el propio art. 89, según lo dispuesto en el art. 8 de la CESL, aunque en la fecha y condiciones que él decida. La resolución, según el art. 8, comportará la finalización de los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato, a excepción de “[l]os pagos adeudados y las indemnizaciones por daños y perjuicios por cualquier incumplimiento ocurrido antes del momento de la resolución”, que seguirán siendo vinculantes. En el caso de que la excesiva onerosidad solo afecte a parte de la prestación y esta sea divisible, la resolución solo afectará a esa parte de la prestación (y a la parte correspondiente de la contraprestación, en la medida en que esta también sea divisible)⁸⁵².

⁸⁵¹ En el art. 6:111 PECL también se contempla la adaptación judicial del contrato por parte del juez como una de las posibles opciones ante el cambio de circunstancias. Sin embargo, según los autores de dichos principios, el poder del órgano judicial en la adaptación del contrato no puede suponer reescribir la totalidad del contrato. Cfr. LANDO, O y BEALE, H. *Principles of European Contract Law: Parts I and II*. La Haya, Londres, Boston: Ed. Kluwer Law Internacional, 2000, pp. 326 y 327.

⁸⁵² Al respecto, el art. 117 CESL establece que “...[c]uando las obligaciones del vendedor surgidas del contrato hayan de cumplirse por partes o sean divisibles de otro modo y si, conforme a lo dispuesto en

Nótese que, al no exigirse en el art. 89 que no haya habido algún incumplimiento previo al cambio de circunstancias, es posible que el contrato se resuelva ante la excesiva onerosidad sobrevenida aunque el deudor haya previamente incumplido su obligación — en ese caso deberá responder de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento— siempre y cuando dicho incumplimiento no pueda ser calificado como esencial. Si el incumplimiento previo del deudor ha sido esencial⁸⁵³, el acreedor tendrá derecho a la resolución por incumplimiento (arts. 114 y 134), lo que excluye necesariamente la resolución ante la excesiva onerosidad de la prestación, salvo que el acreedor haya renunciado a su derecho a instar la resolución por incumplimiento (una vez este último haya acontecido)⁸⁵⁴.

Por otra parte, el art. 8 —al que nos remite el art. 89— establece que “cuando la resolución se produzca por incumplimiento o incumplimiento anticipado, la parte que resuelva el contrato también tendrá derecho a indemnización por daños y perjuicios en lugar del futuro cumplimiento de la otra parte”. La pregunta que surge inmediatamente ante la lectura de este art. 8 es la siguiente: ¿el incumplimiento del deudor ante el cambio de circunstancias da derecho a la indemnización de daños y perjuicios?

A pesar de que, a primera vista, el tenor literal así parece indicarlo, no cabe duda de que sería absurdo que la parte que resuelve el contrato (que en este caso puede ser tanto el deudor como el acreedor) tenga derecho a la indemnización de daños y perjuicios,

la presente sección, existe causa de resolución de una parte a la que pueda asignársele un precio, el comprador solo podrá resolver en lo relativo a dicha parte. (...)

3. Cuando las obligaciones del vendedor en virtud del contrato no sean divisibles, o no pueda asignarse un porcentaje del precio, el comprador solo podrá resolver el contrato si el incumplimiento es de tal naturaleza que justifique la resolución del contrato en su totalidad”. Exactamente lo mismo se establece en el art. 137 en relación con las obligaciones del vendedor”.

Debe señalarse, sin embargo, que estos dos apartados han sido propuestos para su eliminación en el informe del Parlamento europeo antes citado.

⁸⁵³ El incumplimiento previo al cambio de circunstancias será calificado como esencial, según el art. 87.2 CESL, si “a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o b) [es] de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora”.

⁸⁵⁴ También podría imponerse la obligación de indemnizar si el deudor ha suspendido el cumplimiento de su obligación unilateralmente, sin instar la renegociación del contrato o su adaptación o terminación. Cfr. ZOLL, F.: “Comentario al art. 89”..., p. 425.

pues el art. 89 no deja de ser una forma de exoneración del cumplimiento, que no puede burlarse a través del pago de daños y perjuicios en lugar del futuro cumplimiento, lo que vendría a ser lo mismo que exigir el cumplimiento por equivalente (interés contractual positivo). Por ello, en las condiciones que debe fijar el juez si decide resolver el contrato ante el cambio de circunstancias nunca podrán estar incluidos los daños y perjuicios en lugar del futuro cumplimiento.

No cabe duda de que el incumplimiento del deudor ante el cambio sobrevenido de las circunstancias es un incumplimiento (valga la redundancia) según la definición que de esta figura proporciona el art. 87. Menos indudable es aún que dicho incumplimiento (si concurren todos los requisitos del art. 89) es justificado y que dicha justificación excluye el derecho del acreedor a la indemnización de daños y perjuicios⁸⁵⁵. Como mucho, lo que surgirá será un derecho de resarcimiento de los daños sufridos por el acreedor en la preparación de su propia prestación o de los gastos incurridos en la preparación del contrato (interés contractual negativo), así como en los gastos incurridos en la mitigación de las pérdidas causadas por el incumplimiento (art. 163 CESL). En su caso, también podría surgir el derecho del deudor a ser resarcido de los gastos en los que haya incurrido con anterioridad al cambio de circunstancias siempre que el acreedor haya recibido algún beneficio.

Al respecto, quizás podría aplicarse por analogía el art. 55 CESL, que otorga a la parte legitimada para anular el contrato el derecho a solicitar a la otra parte una indemnización por cualquier pérdida sufrida a consecuencia del error, dolo, amenazas o explotación injusta. Es cierto que un supuesto de “cambio en las circunstancias” no puede equipararse a uno de error, dolo, amenazas o explotación injusta, pero también es cierto que, al ser el deudor de la prestación excesivamente onerosa el que tiene derecho a la excusa del cumplimiento, no deberían recaer sobre el acreedor los daños y perjuicios que no consistan en la falta de cumplimiento. El acreedor ya tiene bastante, si se nos permite la expresión, con soportar la falta de cumplimiento. Del mismo modo, si a pesar de la

⁸⁵⁵ Así, en efecto, establece el art. 159 CESL que “[e]l acreedor tendrá derecho a percibir una indemnización por las pérdidas derivadas del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que pueda justificarse el incumplimiento”.

excusa del cumplimiento del deudor, el acreedor ha recibido algún beneficio anterior del contrato, este debe ser resarcido al deudor a pesar de la excusa de su obligación.

Por último, en cuanto a los efectos restitutorios de la resolución, el art. 8 nos remite al capítulo 17. En el marco de ese capítulo 17, resulta de especial interés el art. 174. Ese artículo, en efecto, puede resultar una herramienta útil a la hora de neutralizar los efectos de la resolución ante el cambio sobrevenido de circunstancias en la medida en que el juez puede imponer a las partes que “indemnizen” a la otra parte el uso de los bienes y el dinero que, tras la resolución, deben restituirse⁸⁵⁶. Dicho de otro modo, los beneficios que cada una de las partes ha recibido con anterioridad a la resolución del contrato deben ser restituidos a la otra parte en la medida en que ello resulte justo (o injusto no hacerlo). Así, establece el art. 174 que “[e]l beneficiario que haya hecho uso de los bienes recibidos deberá pagar a la otra parte el valor monetario de dicho uso durante cualquier periodo de tiempo si: (...) c) no fuera justo permitir al beneficiario el uso gratuito de los bienes durante ese periodo, habida cuenta de la naturaleza de los bienes, la naturaleza y el alcance del uso y la disponibilidad de otros remedios distintos a la resolución”. Y de otro lado, el segundo apartado del artículo dispone que “[e]l beneficiario que esté obligado a devolver dinero deberá pagar intereses, (...) si a) la otra parte está obligada a pagar por el uso; (...)”.

Esta idea de neutralidad se confirma y completa en el art. 175, cuando se permite al beneficiario del bien a restituir solicitar una indemnización por los gastos relativos a los bienes en la medida en que el gasto beneficie a la otra parte o cuando se haya incurrido en él para proteger el bien en cuestión⁸⁵⁷. Y, como cajón de sastre, aunque en plena armonía con los poderes genéricos que concede el art. 89 al juez a la hora de decidir las condiciones de la resolución, el art. 176 permite al tribunal modificar cualquier obligación de restitución “en la medida en que su cumplimiento sea manifiestamente injusto, en

⁸⁵⁶ Según la enmienda 237 del Parlamento Europeo, también debería indemnizarse la pérdida de valor del bien. Además, según las enmiendas 240 y 241 del citado informe, deberían añadirse los siguientes párrafos al art. 174: “3 bis. El receptor será responsable, con arreglo a los artículos 159 a 163, de cualquier disminución de valor de los bienes, contenidos digitales o sus frutos en la medida en que dicha disminución de valor supere la depreciación debida a un uso regular”; y “3 ter. El pago por el uso o la disminución de valor no superará el precio acordado para los bienes o los contenidos digitales”.

⁸⁵⁷ O sus frutos, según la enmienda 244 del informe del Parlamento Europeo.

particular si se tiene en cuenta que la parte no originó el motivo de (...) resolución, o no tuvo conocimiento del mismo”.

Por último en lo que respecta a las consecuencias de la excesiva onerosidad, debe resaltarse el hecho de que no se establece orden de prevalencia alguno entre la resolución y la adaptación del contrato. Aun así, por el modo en que están reguladas cada una de ellas, sí parece que implícitamente se prefiere la adaptación frente a la resolución⁸⁵⁸. Nótese, en efecto, que según el art. 89.2, se deberá proceder a la adaptación del contrato con el fin de “adecuarlo a lo que las partes habrían razonablemente acordado (...) si hubieran tenido en cuenta el cambio en las circunstancias”, mientras que la resolución debe llevarse a cabo de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 CESL, en el que se regula la resolución ante el incumplimiento contractual. No hay duda entonces de que la adaptación es preferible a la resolución por cuanto aquella, en detrimento de esta, supone el mantenimiento del vínculo contractual con pleno respeto a la voluntad de las partes — no debe olvidarse que el contrato debe adaptarse de conformidad a lo que las partes razonablemente hubieran acordado—. Parece, de hecho, que la resolución contractual solo procede cuando resulte imposible establecer cuál hubiera sido la voluntad de las partes si hubieran conocido el cambio de circunstancias en el momento de contratar. Ello concuerda también plenamente con lo regulado y establecido en el art. 68 CESL.

Nótese, sin embargo, que la adaptación del contrato según lo que las partes razonablemente hubieran acordado si hubieran tenido presente el cambio de circunstancias en el momento de contratar prescinde de la verdadera voluntad de los contratantes. Y ello no solo porque las partes no tuvieron presente el cambio de circunstancias al tiempo de contratar, sino también porque el art. 5 CESL especifica que lo razonable debe determinarse objetivamente, “teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las actividades comerciales o profesiones de que se trate”.

⁸⁵⁸ Las partes no tienen derecho a la resolución frente a la adaptación o viceversa. Es, de hecho, el juez el encargado de escoger una u otra solución. Al respecto, debe señalarse que si bien los arts. 116 y 136 prevén el derecho de resolver el contrato ante el incumplimiento previsible, esta facultad no parece aplicable ante un supuesto de excesiva onerosidad de la prestación (pues esta última institución da derecho a la excusa del cumplimiento, pero no —directamente— a la resolución contractual).

En opinión de ZOLL, F. (“Comentario al art. 89”..., p. 424), debería darse preferencia a la terminación del contrato en la medida en que, según este autor, resultará más eficiente que las partes obtengan el producto o servicio de un tercero que la adaptación del contrato por parte del tribunal.

7.1.2 *Requisitos de aplicación del art. 89 CESL. Especial atención al carácter excepcional del cambio de circunstancias*

El supuesto de hecho del que parte el art. 89 CESL para la aplicación de la figura en él regulada es, como se ha dicho, la mayor onerosidad del cumplimiento obligacional. Pero no basta con esa mayor onerosidad. Es necesario, además, que esa mayor onerosidad sea excesiva y que venga provocada por un cambio de circunstancias de carácter excepcional. Y la pregunta que surge a continuación es: ¿es esta excepcionalidad del cambio de circunstancias un requisito para la aplicación del art. 89⁸⁵⁹?

A nuestro juicio, la respuesta a dicha pregunta es de carácter negativo. Y la mejor prueba de ello es que la excepcionalidad del cambio de circunstancias no se encuentra entre los requisitos de aplicación del precepto, sino en la definición del supuesto de hecho. La pregunta que surge entonces es: ¿cuándo habrá un cambio excepcional de circunstancias que pueda dar lugar a la aplicación del art. 89?

Pues en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3º del referido precepto: esto es, (i) cuando el cambio de circunstancias sea sobrevenido⁸⁶⁰; (ii) cuando el deudor no hubiera tenido en consideración ni pudiera esperarse que tuviera en consideración en el momento de contratar la posibilidad o magnitud del cambio de circunstancias y, por último, (iii) cuando el deudor no asumiera ni debiera haber asumido razonablemente el riesgo de que las circunstancias se vieran modificadas. Adicionalmente, atendiendo al art. 77 CESL, parece que la aplicación del art. 89 exige que no nos encontremos ante un contrato de cumplimiento continuo o periódico y de duración indefinida, pues en este último caso cualquiera de las partes podrá resolver el

⁸⁵⁹ Sobre la dificultad de la respuesta a esta y otras preguntas planteadas por la regulación del DCFR, muy similar a la contenida en el art. 89 CESL, v. BINEVA V.: “Change of Circumstances”, en ANTONIOLLI, L. y FIORENTINI, F.: *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*. Munich: Ed. Sellier. European law publishers, 2011, pp. 77 a 97.

⁸⁶⁰ La exigencia de que el cambio sea sobrevenido excluye del ámbito de aplicación del artículo todos aquellos supuestos en los que partes sufrieron un error sobre (o ignoraron) las circunstancias presentes en el momento de contratar. Esos supuestos de error vienen regulados en el art. 48 CESL.

Tampoco resultará de aplicación el art. 89 CESL si la excesiva onerosidad de la prestación no es producto del cambio de circunstancias sino que ya estaba presente en el momento de contratar. En ese caso, como máximo, y siempre que se cumplan los requisitos del art. 51, nos encontraremos ante un supuesto de explotación injusta que puede dar lugar a la anulación del contrato.

contrato observando un plazo de preaviso razonable, lo que haría innecesario acudir a la figura regulada en el art. 89.

En cuanto a los requisitos de aplicación de la figura, debe llamarse la atención sobre el hecho de que no solo se exija que el deudor no tuviera en consideración el cambio de circunstancias o que no asumiera dicho riesgo en el momento de contratar. Además, es necesario que el deudor no debiera haber tenido en consideración el cambio de circunstancias o debido asumir el riesgo según criterios objetivos, con independencia de cuál haya sido su previsión (o falta de previsión) exacta. Solo de este modo se entiende el uso del término “razonable” y de “lo que se puede esperar de una persona” (en este caso del deudor), que nos remite al ya citado art. 5. En este sentido, debe destacarse que los autores del CESL han tenido muy en consideración no favorecer la inejecutabilidad de las obligaciones contractuales (por cualesquiera motivos) si la parte que pretende no ejecutar el contrato de algún modo ha asumido (o debería haber asumido) el riesgo de esa posible inejecución. Este requisito llega a exigirse incluso en el art. 48, en la regulación del error, cuando se establece que “[u]na parte no podrá anular el contrato por error si dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o, atendidas las circunstancias, debiera correr con el riesgo del error”.

7.1.3 Alteración sobrevenida de las circunstancias y regulación del incumplimiento contractual en el CESL

En el art. 89 CESL no se está regulando la excusa del cumplimiento ante un impedimento. La regulación del art. 89 parte de la posibilidad de una prestación que simplemente se ha tornado más onerosa y que, por ello, puede ser adaptada o extinguida. El impedimento a la prestación (definitivo y no consistente en una mera dificultad) se regula en el art. 88⁸⁶¹. El título de dicho artículo “Exoneración del incumplimiento” en

⁸⁶¹ Dispone, por otra parte, el apartado 2º del art. 88 que “[c]uando el impedimento sea solo temporal, la exoneración tendrá efecto durante el tiempo en el que este persista. Sin embargo, si la demora se tradujera en un incumplimiento esencial, la otra parte podrá tratarlo como tal”.

A mi juicio, este artículo podría ser aplicado por analogía a un supuesto de cambio de circunstancias en el que la excesiva onerosidad pudiera ser temporal. En ese caso, también debería exonerarse el cumplimiento temporalmente. Así también, ZOLL, F.: “Comentario al art. 89”..., p. 425.

relación con el título del art. 89 “Cambio en las circunstancias” ya llama la atención sobre el importante hecho de que la excesiva onerosidad de la prestación *per se* no exonera del cumplimiento sino que, simplemente, en su caso, faculta a resolver el contrato o a adaptarlo, lo que ciertamente no supone *stricto sensu* una exoneración absoluta. A pesar de lo anterior, los arts. 88 y 89 guardan ciertas similitudes. La principal de esas similitudes es la ajenidad en la causación o en el control del impedimento⁸⁶². Así, en efecto, para que un impedimento exima del cumplimiento de la obligación, el art. 88 exige que el impedimento en cuestión escape al control del deudor (lo que incluye que en el momento de contratar no se pudiera haber tenido en consideración ese impedimento o sus consecuencias)⁸⁶³.

Por otra parte, en los arts. 106 y 131 se regulan los remedios del comprador y del vendedor, respectivamente, frente al incumplimiento de la otra parte. Los remedios enumerados, de manera resumida, son los siguientes: a) el cumplimiento forzoso; b) dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones⁸⁶⁴; c) resolver el contrato con la correspondiente restitución de prestaciones; y d) exigir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Además, entre los remedios del comprador, se incluye la posibilidad de que este reduzca el precio si se cumplen los requisitos exigidos en los arts. 120 y ss. CESL.

Por otra parte, tanto en el art. 106 como en el 113 se establece que los remedios que no sean incompatibles podrán acumularse y, también, que si el vendedor o el comprador han sido exonerados del cumplimiento de una obligación, la contraparte podrá

⁸⁶² En opinión de ZOLL, F. (*Ibidem*, p. 420) no se exige que la circunstancia que provoca la aplicación del art. 89 sea ajena al deudor.

⁸⁶³ SCHWENZER, I. (“The Proposed Common, pp. 470 y 471) critica que se regulen por separado los impedimentos al cumplimiento y el cambio en las circunstancias. Ambos fenómenos, para este autor, comparten fundamento y deberían compartir también, por lo tanto, sus requisitos. Para este autor, la excesiva onerosidad inicial (pero desconocida para las partes) también debería estar regulada junto con las anteriores figuras en lugar de aplicársele la institución del error.

Criticando la doble regulación, en comparación con la regulación armonizada que contiene el art. 79 del Convenio de Viena, se pronuncia MAGNUS, U.: “CSIG and CESL”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Ole Lando*. Copenhagen: Djof Publishing, 2012, pp. 251.

⁸⁶⁴ Sobre la regulación en el CESL del derecho a suspender el propio cumplimiento, v. ARNAU RAVENTÓS, L.: “La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL”. *ADC*: t. LXVI. fasc. III, 2013, pp. 1292 a 1296.

recurrir a todos los remedios previstos excepto al cumplimiento⁸⁶⁵ y a la indemnización de daños y perjuicios.

Lógicamente, establecido lo anterior, debe especificarse cuál es la relación de los artículos en los que se enumeran los remedios ante el incumplimiento y el art. 89, en el que se regula la excesiva onerosidad. Al respecto, debe llamarse la atención sobre el hecho de que en estos artículos se regula qué remedios son aplicables ante la exoneración del incumplimiento pero no ante el cambio de circunstancias que, como vimos, no es como tal, *stricto sensu*, una exoneración ante el incumplimiento.

Y entonces, ¿qué remedios tiene el comprador o vendedor ante la alegación de la contraparte del cambio de circunstancias? Es obvio que no tiene derecho a exigir el cumplimiento (en su caso solo podrá exigirlo una vez haya sido adaptado el contrato) ni a la indemnización de daños y perjuicios. Sí tendrá derecho, claro está, a dejar en suspenso el cumplimiento de su propia obligación hasta que el juez resuelva sobre el cambio de circunstancias y, por último, en el caso de que sea el vendedor el que alegue la excesiva onerosidad, el comprador podrá reducir el precio a pagar en el supuesto en que la adaptación del contrato llevada a cabo suponga una disminución del valor de la prestación a la que el comprador tenía derecho originariamente (art. 120 CESL). Además, en último lugar, debe recordarse que el hecho de que el acreedor no pueda exigir una indemnización de daños y perjuicios ante la falta de cumplimiento no prejuzga que sí pueda solicitar la indemnización de aquellos gastos incurridos en la preparación de su propia prestación o incluso en la celebración del contrato.

Específicamente sobre los remedios del comprador, resulta obligado detenerse en el contenido del art. 110, en el que se regula la reclamación del cumplimiento de las obligaciones del vendedor por parte del comprador. En el apartado 3 de dicho artículo se establece que [e]l cumplimiento no podrá reclamarse cuando (a) resulte imposible o haya dejado de ser lícito; y (b) [cuando] sea desproporcionadamente gravoso y oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador. ¿Es esta segunda excepción a la

⁸⁶⁵ En el informe del Parlamento europeo de septiembre de 2013 solo se mantiene la excepción relativa a la indemnización de daños y perjuicio. Ello parece indicar que el cumplimiento de la obligación sí debe ser exigible en supuestos de exoneración del cumplimiento (en la medida, claro está, en que ese cumplimiento sea aún posible).

facultad de reclamar el cumplimiento del vendedor una especificación de lo ya dispuesto en el art. 89?

A nuestro juicio, y aunque a priori pudiera parecer que sí, lo cierto es que el hecho de que en el art. 132 no se incluya una excepción idéntica en relación con la reclamación del cumplimiento de las obligaciones del comprador por parte del vendedor parece indicar que la excepción del cumplimiento regulada en el art. 89 y en el art. 110 CESL son distintas.

Así, en efecto, el ya estudiado art. 89 puede aplicarse tanto al vendedor como al comprador cuando se cumplan los requisitos ya analizados (en el precepto se habla, sin más especificación, “de una parte”) mientras que la excepción al cumplimiento regulada en el art. 110 es aplicable solo a la obligación de entrega de la cosa por parte del vendedor y además solo supone la exoneración del cumplimiento *in natura*, no del resto de remedios de que dispone el comprador. Solo así se explica, como ya adelantamos, que en el art. 132, al regular la reclamación del cumplimiento de las obligaciones del comprador, no se estipule que no se podrá reclamar dicho cumplimiento cuando la obligación de pago del precio se torne excesivamente gravosa en relación con la obligación de entrega de la cosa. La otra explicación posible sería una omisión injustificable por parte del regulador comunitario.

Así las cosas, parece que la excesiva onerosidad de la prestación puede dar lugar a dos situaciones posibles: (a) la aplicación del art. 89 si la obligación del comprador o del vendedor se torna excesivamente onerosa (directa o indirectamente) como consecuencia de un cambio de circunstancias —con los demás requisitos exigidos— o (b) la aplicación del art. 110 CESL si la excesiva onerosidad afecta a la obligación de entrega de la cosa por parte del vendedor siempre que (la excesiva onerosidad) no sea equiparable al beneficio que obtendría el comprador. Las consecuencias de la alegación del art. 89 serán la adaptación o resolución del contrato en última instancia (además de la imposibilidad para la contraparte de solicitar el cumplimiento *in natura* o la indemnización de daños y perjuicios), mientras que la alegación del art. 110 servirá al vendedor para excepcionar el cumplimiento *in natura* de la obligación ante la reclamación del comprador, pero no supone la exoneración del vendedor ante el resto de remedios (para eso debería aplicarse el art. 88 o el 89). El art. 110 solo supone una limitación de

los supuestos en que el cumplimiento *in natura* es exigible, con independencia de la imputabilidad o no del deudor en la causación de la situación que ha provocado dicha inexigibilidad. Nótese, como en el art. 110 no se exige que se cumplan las condiciones exigidas en el art. 89. De hecho, parece que el único requisito para su aplicación es que el cumplimiento de la obligación del vendedor se torne excesivamente oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador si la obligación debiera ser cumplida. Sin embargo, a pesar de que en el art. 110 CESL no se exige, como sí lo hace el art. 89, que la excesiva onerosidad sea producto de un cambio de circunstancias o que el vendedor no haya aceptado el riesgo de la desproporción de la prestación, a nuestro juicio, resulta absolutamente necesario que, para la aplicación del art. 110, al menos se exija que la excesiva onerosidad no haya sido causada por el vendedor.

Si la excesiva onerosidad no ha sido causada por el vendedor, a pesar de que tampoco se cumplan los requisitos del art. 89, el comprador no podrá exigir el cumplimiento *in natura*, aunque sí el resto de remedios. En cambio, si la excesiva onerosidad puede encuadrarse en el ámbito del art. 89, el vendedor se verá exonerado no solo del cumplimiento sino también de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

7.2 Principios Unidroit

A diferencia de lo que ocurre con otras propuestas internacionales, como los PECL y el DCFR, en el art. 6.2.2 de los Principios Unidroit sí se define lo que es “excesiva onerosidad” o “*hardship*”⁸⁶⁶. Se hace del siguiente modo: “cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, [...]”.

Lo fundamental en la definición no es simplemente la excesiva onerosidad, sino una onerosidad que altere de modo fundamental el equilibrio del contrato. Parece que no solo se vela por el deudor cuya prestación deviene más onerosa sino por el propio sentido del contrato.

⁸⁶⁶ Como expone ZIMMERMAN, R. (*Estudios de derecho...*, p. 144), el término *hardship* no es sinónimo de excesiva onerosidad. *Hardship* implica dificultad.

En cuanto a los requisitos de aplicación, en el art. 6.2.2 se exige que: a) los eventos que desequilibren el contrato acontezcan o lleguen a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) que (los eventos) no pudieran haber sido razonablemente tenidos en consideración por la parte en desventaja en el momento de celebrar el contrato; c) que (los eventos) escapen al control de la parte en desventaja; y, por último, d) que el riesgo de tales eventos no fuera asumido por la parte en desventaja.

A nuestro juicio, los cuatro requisitos pueden aunarse en dos: 1) que los eventos acontecidos no pudieran razonablemente haberse tenido en consideración por la parte en desventaja en el momento de celebrar el contrato y 2) que el riesgo de tales eventos no fuera asumido por la parte en desventaja. Adviértase que si un evento no pudo ser razonablemente tenido en consideración en el momento de contratar es porque necesariamente ha acontecido o fue conocido con posterioridad a la celebración del contrato y adviértase también que si una parte no debe asumir el riesgo de que acontezca un determinado evento, necesariamente escapa a su control. No puede cumplirse el requisito b) sin que se cumpla también el a) y no puede cumplirse el requisito d) sin que se cumpla también el c).

Por último en lo que respecta a los requisitos de aplicación de la figura, debe llamarse la atención sobre el hecho de que se dé entrada a la posibilidad de que las circunstancias no sean sobrevenidas. Parece bastante, de hecho, con que sea el conocimiento de las circunstancias, aun presentes en el momento de contratar, lo que sea sobrevenido. Así se deriva necesariamente de que en el apartado a) del art. 6.2.2 se exija que los eventos acontezcan “o lleg[uen] a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato”.

Se admite, o así lo parece al menos, la ignorancia de las circunstancias presentes en el momento de contratar como posible vía para la activación de las consecuencias de la excesiva onerosidad⁸⁶⁷. Al respecto, parte de la doctrina señala que ello permite escapar de la solución drástica consistente en la anulación contractual, acudiendo a la figura de la

⁸⁶⁷ La única diferencia con el error como vicio del consentimiento (regulado en los arts. 3.2.1 y ss. de los Principios Unidroit) parece encontrarse en el hecho de que la ignorancia de las circunstancias que provoca la excesiva onerosidad no vicia el consentimiento.

excesiva onerosidad de la prestación también en supuestos de ignorancia de las circunstancias presentes al tiempo de contratar⁸⁶⁸.

Los efectos de la excesiva onerosidad vienen recogidos en el art. 6.2.3 de los Principios Unidroit y son prácticamente idénticos a los contenidos en los PECL y el DCFR y también en el CESL, que acabamos de analizar. Esto es, como consecuencia inmediata, la parte en desventaja puede solicitar a la contraparte la renegociación del contrato sin que ello le autorice a suspender el cumplimiento y, en caso de que en un tiempo prudencial no se llegue a un acuerdo, cualquiera de las partes⁸⁶⁹ puede acudir a un tribunal y este, siempre que lo considere razonable, puede resolver el contrato o adaptarlo con el fin de restablecer su equilibrio.

Es de destacar que, a pesar de la parquedad de los principios Unidroit en lo que respecta a los efectos de la excesiva onerosidad, su regulación parece dejar poca discrecionalidad al juez o tribunal en la toma de decisiones. Es cierto, sin duda, que el Juez podrá (no deberá) optar por cualquiera de las dos opciones posibles (resolución o adaptación) y también que cualquiera de estas opciones parece subordinarse a lo que al órgano judicial le parezca razonable —la otra opción, si no le parece razonable, solo podría ser la de obligar al cumplimiento en sus estrictos términos⁸⁷⁰—, pero también que no se hace referencia alguna a la justicia o la equidad, como sí ocurre en otras propuestas. De lo que se trata es de restablecer el equilibrio contractual⁸⁷¹ o de poner fin al vínculo al no existir el equilibrio necesario para el mantenimiento del contrato.

⁸⁶⁸ V. SAN MIGUEL PRADERA, L.P. “La excesiva onerosidad sobrevenida...”, pp. 1115 a 1131.

⁸⁶⁹ Tanto en los PECL como en el DCFR parece que la opción de acudir a la vía judicial se circunscribe en exclusiva al deudor o parte en desventaja.

⁸⁷⁰ Parte de la doctrina habla también de la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ordenara a las partes a renegociar de nuevo el contrato. Cfr. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. “Nuevas tendencias del...”, p. 262.

⁸⁷¹ Al respecto se ha afirmado que son las partes, en definitiva, (y no el órgano judicial) las que mejor pueden equilibrar el contrato ante el cambio de circunstancias. Cfr. MADRID PARRA, A. “Cumplimiento del contrato”..., p. 313.

7.3 Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia

7.3.1 Configuración y requisitos de aplicación

En enero de 2009 se publicó en el Boletín de información del Ministerio de Justicia del Gobierno de España la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (en adelante, “la Propuesta de Modernización”) elaborada por la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil)⁸⁷². A pesar de que, a día de hoy, dicha propuesta no parece haber evolucionado más allá de su carácter de mera propuesta no vinculante, lo cierto es que el gran prestigio de los juristas participantes en su elaboración hace aconsejable su estudio para comprender las bases del que quizás, en un futuro no muy lejano, sea el nuevo derecho contractual en nuestro país.

En la Propuesta de Modernización, la alteración sobrevenida de las circunstancias no solo se recoge expresamente sino que también se le dedica un capítulo (capítulo octavo), aunque de un solo art., el 1213⁸⁷³. Según este artículo, “[s]i las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podría aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada

⁸⁷² Sobre la Comisión General de Codificación y sus funciones, v. VATTIER FUENZALIDA, C.: “La propuesta de la comisión general de codificación para la modernización del Código Civil en material de obligaciones y contratos”, en AA.VV.: *Estudios sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar. Libro conmemorativo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*. Coordinado por Julio Pérez Gil y Raquel de Román Pérez. Burgos: Universidad de Burgos, 2011, pp. 423 y 424.

⁸⁷³ Según ALBIEZ DOHRMANN, K.J (“La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la propuesta”, en AA.VV.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinado por M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano. Barcelona: Atelier, 2011, p. 25) el art. 1213 está claramente influenciado por la doctrina alemana de la alteración de la base del negocio jurídico, tipificada en la reforma del BGB de 2001.

cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

Según el referido art. 1213, no resulta exigible que el deudor permanezca sujeto al contrato (al menos en sus estrictos términos) si, debido a un cambio imprevisible y extraordinario de las circunstancias que sirvieron de base al contrato, la ejecución se torna excesivamente onerosa o se frustra el fin del contrato. La exigibilidad del contrato no solo depende de que efectivamente se produzca un cambio de circunstancias sino también de las circunstancias presentes en cada caso y, en particular, de la distribución legal y contractual de riesgos. Así, de un lado, exige el art. 1213 que el cambio extraordinario e imprevisible de circunstancias provoque la excesiva onerosidad de la prestación o la frustración del fin del contrato y, de otro, que la parte que pretende la aplicación del precepto no haya aceptado o deba aceptar (distribución contractual o legal de riesgos) la exigibilidad del contrato incluso ante el cambio de circunstancias.

La idea de ajenidad que venimos defendiendo en este trabajo para la aplicación de cualquier institución relacionada con la alteración sobrevenida de circunstancias viene perfectamente reflejada en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización al exigirse, en este artículo, no solo la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, sino también que las partes no hayan asumido o deban asumir el riesgo de que dichas circunstancias hayan cambiado. Es perfectamente posible, por lo tanto, que se produzca un cambio sobrevenido de circunstancias que provoque la excesiva onerosidad de la prestación o la frustración del fin del contrato y que, aun así, el art. 1213 no resulte de aplicación. Ello ocurrirá, en efecto, cuando, según la distribución de riesgos, las partes hayan excluido la aplicación de la figura (de manera genérica o específicamente ante el tipo de fenómeno acontecido en cada caso).

De hecho, a pesar de que las referencias a las circunstancias de las partes y a la distribución de riesgos se encuentran situadas al final del primer párrafo del art. 1213, lo cierto es que, a la hora de determinar la incidencia de la alteración de las circunstancias, el Juez deberá atender en primer lugar a cuál ha sido la distribución de riesgos efectuada por las partes. Así, en función del tipo contractual escogido por las partes, de sus circunstancias y de los concretos pactos alcanzados, el tribunal deberá determinar si la

excesiva onerosidad o la frustración del fin contractual deben ser asumidos o no por el deudor.

El criterio básico que proporciona el art. 1213 para que el juez tome tal decisión es el de la razonabilidad: ¿es razonable exigir el cumplimiento del contrato al deudor? La contestación a dicha pregunta, lógicamente, depende de cada caso concreto, y, en específico, del tipo de contrato de que se trate, de la tipología de deudor y de acreedor, así como de los pactos que se hayan alcanzado. La decisión debe ser tomada caso a caso. Lo relevante es que, a juicio del tribunal, no resulte razonable que el deudor siga obligado al cumplimiento en los estrictos términos del contrato y que esa inexigencia sea oponible al acreedor (oponibilidad que depende a su vez del elemento de la razonabilidad). Al requerir el art. 1213 que, en atención a la circunstancias del caso y a la distribución de riesgos, no sea razonable exigir el cumplimiento, se está exigiendo a su vez que la inejecución de la obligación sea oponible al acreedor. Adviértase, de un lado, que la aplicación del art. 1213 depende en última instancia de la distribución de riesgos y, de otro lado, que esta distribución del riesgo es oponible en la medida en que ambas partes son las encargadas de delimitar dichos riesgos a través del tipo de negocio y de los concretos pactos alcanzados.

Demostrada la ajenidad en la asunción del riesgo consistente en la excesiva onerosidad o en la frustración del fin del negocio, el tribunal deberá atender, por una parte, a si efectivamente la prestación del deudor se ha tornado excesivamente onerosa o a si se ha frustrado el fin del contrato y, por otra parte, a si el cambio de circunstancias tiene carácter extraordinario e imprevisible. Ni en el art. 1213 ni en ningún otro precepto de la Propuesta de Modernización se establece qué debe entenderse por “prestación excesivamente onerosa” ni tampoco por “frustración del fin del contrato”. Lo que sea excesivamente oneroso o si se ha frustrado el fin del contrato (sea lo que esto sea) debe ser determinado por el tribunal.

No obstante la indefinición de estos fenómenos (lo que resulta criticable ante la falta de tradición en nuestro derecho en lo que respecta a estas categorías), parece indudable que tanto la excesiva onerosidad como la frustración del fin del contrato se

relacionan con el elemento de la causa⁸⁷⁴ y que, a su vez, el elemento de la causa está emparentado con el concepto de la base del negocio utilizado en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización. Adviértase como este precepto parte de la premisa de que no todo cambio de circunstancias puede dar lugar a la aplicación de la figura, pues es preciso que las circunstancias que se han visto alteradas sean aquellas que sirvieron de base al contrato.

¿Y cuáles son las circunstancias que sirven de base al contrato? Pues, a nuestro juicio, aquellas que de algún modo han servido a su vez para configurar las prestaciones, tanto en sentido objetivo como subjetivo. En efecto, circunstancias base serán aquellas que han determinado la onerosidad de la prestación en relación con la contraprestación (equilibrio entre las prestaciones) o las que han llevado a una de las partes a contratar con el propósito de alcanzar alguna determinada finalidad⁸⁷⁵. El origen del problema (el cambio de circunstancias) está directamente relacionado con el fenómeno producido (la excesiva onerosidad o la frustración del fin contractual⁸⁷⁶).

Por ello, dado que el fenómeno producido por el cambio de circunstancias afecta a un elemento esencial del contrato (causa objetiva o subjetiva —a través de la excesiva onerosidad o de la finalidad del contrato—), también debe exigirse que el cambio de circunstancias producido se circunscriba a aquellas circunstancias que sirvieron de base para establecer el equilibrio de prestaciones o la finalidad del contrato. Así, es posible, aunque improbable, que el cambio de circunstancias no tenido en consideración por las partes provoque la excesiva onerosidad de la prestación o la frustración del fin del contrato pero que, a su vez, no sea oponible frente a la contraparte al resultar totalmente ajeno a la reglamentación contractual (*pacta sunt servanda* en sentido negativo). Para que la alteración o, mejor dicho, el resultado que provoca dicha alteración sea oponible frente al acreedor es necesario que afecte a aquellas circunstancias que sirvieron de base al

⁸⁷⁴ Así parece entenderlo también VATTIER FUENZALIDA, C.: “La propuesta de...”, pp. 430 y 431.

⁸⁷⁵ Al respecto, resulta de especial utilidad lo dispuesto en el art. 1238.3 de la Propuesta de Modernización: “El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado”.

⁸⁷⁶ También se hace mención explícita a la frustración de la causa en el art. 1309: “La nulidad de alguna estipulación sólo comportará la de todo el contrato cuando por aquélla quede esencialmente frustrada la causa según los criterios de la buena fe. (...)”.

contrato. En definitiva, la alteración debe afectar a aquellas circunstancias sin cuya existencia o mantenimiento el contrato carecería de sentido.

Por último, exige el art. 1213 que el cambio de circunstancias sea extraordinario e imprevisible. Pero no basta con que el cambio sea extraordinario e imprevisible. Es necesario, además, que la alteración se produzca por un factor ajeno al deudor. Lógicamente, si es el propio deudor el que ha provocado el cambio de circunstancias, el art. 1213 no resulta de aplicación. Sin embargo, por evidente que parezca lo anterior, no es menos cierto que hubiera resultado más apropiada otra redacción que hiciera patente la necesidad de que el cambio extraordinario e imprevisible haya sido provocado por un factor ajeno al deudor. De ese modo, el elemento de la ajenidad estaría explícitamente relacionado con los elementos de la extraordinariedad y de la imprevisibilidad y no solo con la distribución contractual y legal de riesgos.

Por otro lado, en torno a los requisitos de aplicación, debe señalarse que en el art. 1213 se recogen los elementos que tradicionalmente han provocado que la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* sea de muy difícil aplicación: la extraordinariedad⁸⁷⁷ e imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Y de nuevo, por ello, surgen, como no, algunas de las preguntas que nos han venido acompañando a lo largo de la elaboración del presente trabajo: ¿qué debe entenderse por imprevisible?; ¿por qué debe exigirse que el cambio de circunstancias sea extraordinario? Y, de nuevo, en contestación a dichas preguntas, debe afirmarse que, para que la alteración sobrevenida de las circunstancias y, en este caso concreto, el art. 1213 tenga alguna operatividad, es preciso, de un lado, no exigir una imprevisibilidad objetiva y absoluta y, de otro lado, concluir que el elemento de la extraordinariedad no aporta absolutamente nada al resto de requisitos exigidos por el precepto en cuestión.

Y no puede exigirse que el cambio de circunstancias sea absoluta y objetivamente imprevisible no solo porque prácticamente nada es imprevisible en sentido absoluto, sino

⁸⁷⁷ Debe mencionarse que el elemento de la extraordinariedad también se incluye en la regulación que del cambio de circunstancias se contiene en el DCFR.

Sobre el DCFR, v. AA. VV.: *IL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO*. Coordinado por G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti y P. Zatti. Milán: Ed. CEDAM, 2009 y AA. VV.: *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*. Barcelona: Ed. Bosch, 2011.

también porque la exigencia de una absoluta y objetiva imprevisibilidad supondría que el resto de elementos y requisitos recogidos en el art. 1213 carecieran de sentido. ¿Qué sentido tiene atender a la distribución legal y contractual de riesgos y a la razonabilidad de que el deudor siga sujeto a sus obligaciones contractuales si a la vez se requiere una total y absoluta imprevisibilidad?

El elemento de la imprevisión, para que la alteración sobrevenida de las circunstancias se configure como una institución normal dentro del ámbito de la teoría general del contrato, debe relacionarse con las circunstancias del contrato y de las partes y, en especial, con la distribución de riesgos. Lo que debe exigirse, en definitiva, es que las partes no previeran ni debieran prever el cambio de circunstancias aplicando para ello unos criterios de razonabilidad. Si el requisito de la imprevisibilidad no se racionaliza y se sigue equiparando a lo que no pudo preverse (más que a lo que no debió preverse) entonces ningún sentido tiene que nos preguntemos, tal y como nos obliga a preguntarnos el art. 1213, si es razonable que el deudor siga sujeto al contrato.

Del mismo modo, ningún sentido tiene la exigencia de que las circunstancias hayan cambiado de forma extraordinaria si al mismo tiempo se requiere que, atendiendo a las circunstancias del caso y a la distribución del riesgo, no resulte razonablemente exigible que el deudor siga sujeto al contrato. El elemento de la extraordinariedad solo sirve para que se siga asociando la figura de la alteración sobrevenida con grandes catástrofes naturales, políticas o sociales y, por ello, si lo que el “legislador” pretende es evitar que, a través de esta figura, los deudores escapen con excesiva facilidad al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, basta —a nuestro juicio— con que el tribunal aplique de manera rigurosa los criterios de la imprevisión, la excesiva onerosidad, la frustración del fin y la razonabilidad (o falta de esta) de la sujeción del deudor a sus obligaciones contractuales.

7.3.2 Consecuencias de aplicación. Especial referencia a un posible establecimiento de un deber de renegociación.

En cuanto a las consecuencias de la alteración, dispone el art. 1213 que el deudor “podrá pretender su revisión [del contrato], y si ésta no es posible o no puede imponerse

a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución”. Añadiéndose en el segundo párrafo del artículo en cuestión que “[l]a pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

A priori, atendiendo al tenor literal del artículo, son dos las posibles soluciones ante la aplicación del art. 1213: la revisión o la resolución del contrato, prefiriéndose aquella sobre esta. Lo que no deja claro la regulación propuesta es en qué casos debe aplicarse la resolución frente a la revisión contractual. Lo único que al respecto establece el primer párrafo del art. 1213 es que el deudor podrá pedir la resolución del contrato cuando la adaptación no sea posible o no pueda imponerse a una de las partes. Lo que no se deja claro en ese primer párrafo es cuándo no es posible la revisión o cuándo no puede imponerse a una de las partes. Tampoco se entiende muy bien que se haga referencia a la imposición de la revisión a una de las partes cuando, en puridad, el art. 1213 otorga la facultad de no quedar sujeto al contrato solamente al deudor cuya prestación ha devenido excesivamente onerosa o cuyo fin se ha visto frustrado.

La clave para la contestación a algunos de los anteriores interrogantes podría encontrarse, sin embargo, en el segundo apartado del precepto, en el que se habla de “propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes”. De este segundo párrafo se deduce, en efecto, que si bien la facultad para solicitar la aplicación del art. 1213 tan solo corresponde al deudor, una vez solicitada esa aplicación, cualquiera de las partes puede solicitar al tribunal una propuesta de revisión del contrato —a modo de petición principal o subsidiaria—. A partir de estas propuestas de revisión —y suponiendo siempre que las partes no alcanzan un acuerdo—, el tribunal deberá revisar el contrato del modo que mejor considere para que se restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Si la reciprocidad de intereses del contrato no es posible a través de la revisión —lo que será muy probable, al menos en los supuestos de frustración del fin contractual— el juez deberá acudir a la resolución contractual. También deberá aplicarse la resolución contractual cuando la revisión no pueda imponerse a alguno de los contratantes.

¿Y cuál es el supuesto al que se está refiriendo el art. 1213 al indicar que la resolución debe ser la opción escogida cuando la revisión no pueda imponerse a alguna de las partes?

A nuestro juicio, la revisión no podrá imponerse a las partes en el supuesto en que así lo hayan acordado contractualmente o cuando ninguna de ellas haga propuestas de revisión contractual. En otro caso y siempre que la revisión sirva para restablecer el equilibrio contractual, el juez podrá imponerla a las partes. Otra opción interpretativa que, sin embargo, choca con el tenor literal del precepto es la de no acoger la solución de la revisión contractual siempre que las partes, a través de sus propuestas, no se hayan puesto de acuerdo en lo esencial para poder seguir afirmando que el contrato (tras la revisión) sigue siendo producto de un acuerdo libre de voluntades. Esta interpretación, restrictiva sin duda, sería sin embargo la más acorde con la idea de contrato que nos proporcionan los arts. 1236 y 1239 de la Propuesta de Modernización⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ Dispone el art. 1236 que “[p]or el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para sí mismas”.

Por su parte, dispone el art. 1239 que “[l]os contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional”.

Sobre la idea de contrato de la Propuesta de Modernización, v. DORAL GARCÍA, J.A.: “La concepción del contrato en el derecho europeo y su proyección en la Propuesta de Modernización”, en AA.VV.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinado por M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 108 a 154.

Expone este autor que la Propuesta de Modernización respeta la idea de contrato basada en la unión de voluntades al tiempo que incluye nociones que explican el contrato más allá de ese acuerdo de voluntades. Esto es, como un relación hasta cierto punto autónoma al consentimiento otorgado al tiempo de la perfección contractual. El art. 1242 de la Propuesta de Modernización es un buen ejemplo de esta concepción mixta del contrato: “No impedirá la perfección del contrato, si las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales y quieren vincularse ya, el que hayan dejado algún punto pendiente de negociaciones ulteriores”.

En el mismo sentido, puede citarse la opinión de SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (“La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos”, en AA.VV.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinado por M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 158 y 159): “El aparente paso hacia la objetivación de la interpretación, que suponen tanto el art. 1.278.III PMCC como el equilibrio de los elementos contextuales subjetivos y objetivos en el art. 1.279 PMCC, apunta, sin embargo, a una mayor flexibilidad en las posibilidades de integración del contrato. El obstáculo que algunos autores esgrimían en el sistema español para reconocer una posibilidad amplia de integración completiva se funda, precisamente, en la tendencia subjetivista y literal de nuestro modelo —en cierto sentido en línea con el *common law*— que podía restringir el papel de la “buena fe” característico del modelo alemán. Tras la reforma, no parece que estas reservas sigan siendo sostenibles”.

Nótese, además, que si no se interpreta de este último modo la solución consistente en la revisión judicial del contrato, se estaría dando entrada a la posibilidad de que las partes, a través del juez, se vieran sujetas a un contrato que no han consentido en absoluto. Y ello, sin duda, supondría contrariar la idea de contrato de nuestro sistema a la que también ha sido fiel la Propuesta de Modernización. Ello sería contrario, en efecto, a lo dispuesto respectivamente en los arts. 1154 y 1166 de la Propuesta de Modernización: “El deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba una prestación diferente aún cuando fuera de valor igual o mayor que la debida;” y “El deudor no puede liberarse realizando una prestación diferente a la debida, aunque sea de igual o mayor valor, salvo que el acreedor lo consienta”.

Por otro lado, esta última interpretación restrictiva podría dar entrada a otra solución no contemplada en el art. 1213: la renegociación del contrato. Dado que las partes (ambas) están facultadas a hacer propuestas de revisión contractual, el tribunal, a partir de esas propuestas, podría sugerir a las partes la renegociación del contrato para que lleguen a un acuerdo de mínimos y, a partir de ese acuerdo de mínimos, proceder a la revisión del contrato. Si la renegociación del contrato no da resultado y las partes no se ponen de acuerdo en lo esencial para que la relación contractual continúe (aun modificada), no habrá otra opción que acudir a la figura de la resolución contractual.

Si bien la imposición de un deber de renegociación ante el conflicto contractual parece un sin sentido (la génesis de todo contrato, también del renegociado, es la voluntad de las partes expresada libremente), no parece descabellada la idea de que pueda imponerse en determinados casos el deber de renegociar de buena fe con anterioridad a solicitar ante el juez medidas tan drásticas como la resolución contractual.

Así, el deber de renegociar el contrato podría configurarse como un requisito previo para solicitar ante el juez otro tipo de acciones. Esta es la regulación que recibe el deber de renegociación, por ejemplo, en el art. 6.2.3 de los Principios *Unidroit*: como un requisito previo a la solicitud de resolución o adaptación del contrato por parte del tribunal

En nuestra opinión, si bien es cierto que a la hora de interpretar (e incluso de integrar) el contrato, debe tenerse en cuenta una visión tanto subjetiva como objetiva, no es menos cierto que ello no justifica que el juez pueda suplir a las partes en aquellos puntos que resultan esenciales para que pueda seguir entendiéndose que la relación contractual es fruto del acuerdo de voluntades (contrato).

ante la excesiva onerosidad de la prestación. Otro modo de incentivar la renegociación podría ser la introducción de una regla de carácter procesal que vincule los gastos y costas del procedimiento al comportamiento de las partes durante la renegociación o incluso al resultado de dicha renegociación.

Si se impone un deber de renegociación a las partes, no cabe duda de que la renegociación debe ser llevada a cabo de conformidad con el principio de buena fe contractual, de tal modo que si las partes, injustificadamente, no se avienen a negociar el contrato o finalizan las negociaciones intempestivamente deberán indemnizar los daños y perjuicios que se generen como consecuencia del incumplimiento del deber de renegociar, sin que esos daños puedan identificarse nunca con lo dejado de percibir o de ganar con el contrato originario. Adviértase que ello sería tanto como equiparar el deber de renegociar con la obligación de alcanzar un nuevo contrato. Los daños deberán consistir, por lo tanto, en los gastos incurridos por la parte durante la negociación cuando esta se haya producido de mala fe, o incluso (podrían consistir) en la pérdida de oportunidades de negocio por el hecho de estar negociando un contrato que de antemano la parte incumplidora sabía que no consentiría.

Adviértase que el cumplimiento del deber de renegociar no se produce por el solo hecho de intentar llegar a un acuerdo formalmente. Como ya se ha adelantado, la negociación debe intentarse de buena fe (procurando acercar posiciones) y durante un tiempo razonable.

Admitiendo la existencia de un deber de renegociación, deberían aplicarse a este deber las reglas relativas a la *culpa in contrahendo*. No obstante, en la aplicación de esas reglas debe tenerse muy cuenta que la posición de las partes en el supuesto de la alteración sobrevenida no es la misma que la de aquellas partes que, sin tener un acuerdo previo, negocian un determinado contrato. La renegociación del contrato ante el cambio de circunstancias tiene como origen una situación que ha posicionado a los contratantes en una situación de desigualdad.

Esa situación de desigualdad es precisamente la que debe tenerse en consideración a la hora de determinar si se cumple o no el deber de renegociación de buena fe. El deudor cuya prestación se ha frustrado o tornado más onerosa no puede enrocarse en una posición

en la que pretenda el no cumplimiento sin ninguna consecuencia. Por otro lado, el acreedor no puede pretender el cumplimiento estricto de la prestación pactada ni con un cambio mínimo e insustancial (salvo que esta posición tenga una justificación determinada y demostrable). En esos casos, no se estará cumpliendo el deber de renegociación. Por supuesto, la determinación del cumplimiento o incumplimiento de este deber depende del caso y circunstancias concretas. Ello no supone, aun así, que no puedan establecerse límites genéricos, como los que se acaban de exponer, aplicables a la mayoría de supuestos.

Como es fácilmente apreciable, este deber de renegociar el contrato entronca extraordinariamente bien con las doctrinas que relacionan el cambio de circunstancias con el principio de la buena fe contractual⁸⁷⁹. Si la buena fe contractual es lo que justifica (siempre que se admita la exoneración del cumplimiento ante el cambio de circunstancias) que una de las partes quede eximida del cumplimiento o incluso que el juez pueda adaptar o modificar el contrato, con más razón aun justifica este principio que se imponga a las partes un deber de renegociación. Es, en efecto, conforme (y obligatorio) al principio de buena fe que las partes intenten alcanzar un acuerdo cuando el contrato originario ha perdido su sentido⁸⁸⁰.

El deber de renegociar el contrato ante el cambio de circunstancias también puede justificarse en el principio de conservación del contrato. Obviamente, si la renegociación tiene como resultado un nuevo acuerdo, no puede afirmarse en sentido estricto que el contrato originario ha sido “conservado”. Lo que se ha conservado y respetado en todo caso es la idea de que el vínculo contractual solo puede ser el resultado de lo libremente acordado por las partes. En cualquier caso, al contrario de lo que ocurre con la solución de la adaptación del contrato por parte del juez o con la consistente en la resolución

⁸⁷⁹ No puede obviarse que, según DÍEZ PICAZO PONCE DE LÉON, L. (“La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (Una presentación)”. *Boletín del Ministerio de Justicia*: núm 2130, abril 2011, p. 6 de 10 pp. —disponible en www.mjusticia.es/bmj—, el art. 1213 de la Propuesta de Modernización se fundamenta en el principio de buena fe contractual.

⁸⁸⁰ En este sentido, dispone SALVADOR CODERCH, P. (“Alteración de circunstancias...”, p. 48) que “[e]ste tipo de reglas responde al buen sentido y, desde luego, a las exigencias del principio de buena fe: normalmente, las partes estarán mejor informadas que el Juez para adaptar el contrato y sus costes de hacerlo así serán, al menos en principio, menos elevados que los de un litigio; conviene además alinear los intereses de abogados y clientes evitando el optimismo interesado o ignorante y la autonegación de la probabilidad de obtener un resultado negativo en el pleito”.

contractual, nadie puede dudar de que el deber de renegociación sí es plenamente compatible con el principio *pacta sunt servanda*.

La extinción del contrato ante el cambio sobrevenido de circunstancias supone el fracaso del programa contractual y, por lo tanto, la “imposibilidad” de cumplir lo prometido. La adaptación o modificación judicial del contrato, además, supone prescindir de la voluntad de las partes, lo que no solo implica la imposibilidad de que se cumpla lo prometido sino una contradicción, a nuestro juicio, con el principio *pacta sunt servanda*. En cambio, como decíamos, la imposición de un deber de renegociación parte del respeto absoluto a una idea de contrato basada en el consentimiento prestado libremente⁸⁸¹. Quizás el contrato original no deba ser cumplido. Y quizás, por ese motivo, podría afirmarse que el principio *pacta sunt servanda* se excluye. Sin embargo, la solución a esa exclusión (de existir), quizás también, pueda resultar menos traumática si las partes se ven obligadas a renegociar un nuevo acuerdo o incluso las consecuencias de la alteración sobrevenida de las circunstancias⁸⁸².

Tanto si el deber de renegociar el contrato se impone legalmente como si se deriva del deber de buena fe contractual (artículo 1258 CC), puede concluirse, sin género de dudas, que no hay verdadera excepción al *pacta sunt servanda*. Ante lo que nos encontraríamos en ese caso es ante una limitación de la autonomía de la voluntad, directa si la ley impone la renegociación o indirecta si esa imposición viene dada por el deber de buena fe incluido en todo contrato.

Si la renegociación (en caso que se admita) no da resultado y tampoco cabe la revisión del contrato, el juez deberá optar por la resolución judicial. No es de extrañar que se acoja esta solución toda vez que la excusa del cumplimiento ante la aplicación del art. 1213 supone un incumplimiento contractual. Inimputable pero incumplimiento al fin y al

⁸⁸¹ Así lo expone ZIMMERMANN, R.: *Estudios de Derecho privado europeo*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 140 a 145.

⁸⁸² Sobre las virtudes, desde un punto de vista economicista, de obligar a las partes a renegociar el contrato con anterioridad a acudir a los órganos judiciales, v. DE GEEST, G.: “Specific Performance, Damages and Unforeseen Contingencies”, en LAROUCHE P. y CHIRICO, F. *Economic Analysis of the DCFR*. Munich: Sellier-European law publishers, 2010, p. 130.

cabo⁸⁸³. Ante el incumplimiento, dispone el art. 1190 de la Propuesta de Modernización, “(...) podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”.

De estas opciones del acreedor ante el incumplimiento, la única disponible en un supuesto de alteración es la de la resolución contractual. Nótese, en efecto, que a pesar de que la aplicación del art. 1213 parta de la existencia de un incumplimiento contractual, en ese caso se limitan los derechos del acreedor a la revisión o a la resolución del contrato. Ello es así porque, en realidad, el art. 1213 transforma lo que en otras circunstancias se trataría de un incumplimiento imputable en un derecho del deudor a no cumplir el contrato. A lo sumo, además de la resolución contractual, el acreedor podría aceptar la reducción del precio (arts. 1197 y 1198 de la Propuesta de Modernización) como una forma de revisión contractual.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, deberá aplicarse lo dispuesto en el primer párrafo del art. 1202, librando a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, sin que queden afectadas las prestaciones y contraprestaciones realizadas en el supuesto en que se trate de un contrato de ejecución continuada o sucesiva —art. 1204—. No será aplicable, sin embargo, lo dispuesto en el 2º párrafo de dicho

⁸⁸³ Dispone el art. 1188 que “[h]ay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten”. Por otra parte, dispone el art. 1199 que “[c]ualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial”.

En este sentido, expone VATTIER FUENZALIDA, C. (“La propuesta de...”, p. 426) que “[la Propuesta de Modernización] regula el incumplimiento con un carácter netamente objetivo, de modo que el deudor responde siempre que la prestación no sea imposible o especialmente onerosa y el acreedor puede resolver el contrato, al menos cuando hay un incumplimiento esencial; y de acuerdo al mismo modelo, caben ante el incumplimiento los remedios de la acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios”.

Sobre la regulación del incumplimiento en la Propuesta, v. también CLEMENTE MEORO, M.E.: “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española”. *Boletín del Ministerio de Justicia*: año LXV, núm. 2131, mayo 2011, pp. 4 a 6 de 16 pp.; GARCÍA PÉREZ, R.M.: “Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: La influencia del Derecho privado Europeo”, en AA.VV.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinado por Mª Luisa Palazón Garrido y Mª del Mar Méndez Serrano. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 330 a 368 y GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia”. *ADC*: t. LXV, fasc. I, 2012, pp. 36 a 39.

precepto, toda vez que, según el art. 1209 de la Propuesta de Modernización, el deudor no será responsable “de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando (...) el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control y [cuando] (...) de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o superar las consecuencias. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 1209, no cabe duda de que la aplicación del art. 1213 supone la exoneración del deudor no solo en lo que respecta a la obligación de cumplimiento sino también a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados⁸⁸⁴.

Lógicamente, si no hay deber de cumplimiento, tampoco existe el deber de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Lo único que quizás pueda echarse en falta en la regulación propuesta es la posibilidad de que el deudor, en caso de resolución contractual, deba indemnizar al acreedor por aquellos gastos incurridos en la preparación de su prestación o derivados de la mera existencia del contrato (interés contractual negativo).

Por último, no puede dejar de señalarse que el art. 1213 no es la única eximente al cumplimiento incluida en la Propuesta de Modernización. Además, en el art. 1192 se establece que el acreedor de obligaciones no pecuniarias (el cumplimiento de las obligaciones consistentes en el pago de dinero son siempre exigibles) no podrá solicitar el cumplimiento de la prestación debida *a)* si “(...) tal prestación [es] jurídica o físicamente imposible”; *b)* si “[e]l cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa result[a]n excesivamente onerosos para el deudor; *c)* si “[l]a pretensión de cumplimiento [es] contraria a la buena fe; y *d)* si [l]a prestación [es] personal del deudor.

En todos estos casos, según el art. 1192, el acreedor no tiene derecho a solicitar el cumplimiento. Ello no implica, sin embargo, que no pueda optar por cualquier otro de los remedios estipulados en el art. 1190 de la Propuesta de Modernización. Nótese que el art. 1192 no prejuzga que cada una de las situaciones en él contempladas sean inimputables.

⁸⁸⁴ Para VATTIER FUENZALIDA, C. (“La propuesta de...”, p. 431) el hecho de que solo se exonere al deudor de la obligación de indemnizar ante un impedimento ajeno a su voluntad supone que los casos fortuitos “caigan” siempre del lado del deudor. A nuestro juicio, esta conclusión supone, sin embargo, una interpretación demasiado estricta del término ajenidad. Los casos fortuitos, en la medida en que no hayan debido ser previstos, no deberían suponer la responsabilidad indemnizatoria del deudor.

Lógicamente, si la imposibilidad o la excesiva onerosidad son inimputables (en cuyo caso resultará de aplicación el art. 1213), no habrá lugar a la indemnización de daños y perjuicios (aplicación del ya citado art. 1204 de la Propuesta de Modernización). En cambio, si la imposibilidad la ha causado el deudor o de cualquier otro modo le es imputable, sí deberá responder de los daños y perjuicios causados. Así ocurrirá también si el deudor se niega a realizar una prestación personal. Del mismo modo, si el cumplimiento o la ejecución forzosa es excesivamente onerosa pero no se cumplen el resto de requisitos del art. 1213, el deudor no estará obligado al cumplimiento de la obligación pero sí al resto de consecuencias del incumplimiento, incluyendo todos y cada uno de los daños causados, si se dan los presupuestos exigidos⁸⁸⁵.

7.4 Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia

En la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia y publicada el pasado año 2013 (“Propuesta de Código Mercantil”), también se recoge la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias a través de su art. 416.2 (“Excesiva onerosidad del contrato”), en el que se establece lo siguiente⁸⁸⁶:

“1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.

⁸⁸⁵ Al respecto, establece GÓMEZ CALLE, E. (“Los remedios ante...”, p. 55) que “[e]l hecho de que el acreedor no pueda hacer valer la pretensión de cumplimiento por cualquiera de las causas expuestas no le impide recurrir a los otros remedios, siempre que se den sus respectivos supuestos de hecho; entre esos remedios juega un papel destacado en estos casos la indemnización por daños y perjuicios (...)”.

⁸⁸⁶ La regulación relativa a las obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil ha sido duramente criticada (i) por no estar coordinada con la Propuesta de Modernización del Código Civil; (ii) por ser un intento de otorgar al Estado la competencia exclusiva sobre todo el derecho de obligaciones a través de la excusa de la unidad de mercado; (iii) por su arbitrariedad a la hora de regular o no regular algunas materias; así como (iv) por ignorar la más recientes propuestas europeas para la unificación del derecho de obligaciones y contratos. V. en este sentido, GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de código Mercantil”. *Revista de Derecho Civil*: vol. I. núm. 1 (enero-marzo, 2014), pp. 7 a 27 (disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>) y GÓMEZ POMAR, F.: “Un nuevo Código”, *Indret*: septiembre-2013, 6 pp..

Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.

2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”.

El segundo apartado del art. 416-1 de la Propuesta de Código Mercantil debe ser analizado con anterioridad al primer apartado, pues es en él donde se define cuándo existe una excesiva onerosidad de la prestación que pueda dar lugar a la aplicación de las consecuencias reguladas en el primer párrafo del precepto. La primera cuestión que llama la atención en este segundo apartado es la posibilidad de que la excesiva onerosidad no sea producto de un cambio de circunstancias. Nótese como lo que exige el artículo es que, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran (cambio de circunstancias) o sean conocidos (error sobre las circunstancias presentes al tiempo de contratar) sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones. Así, la excesiva onerosidad puede ser producto de una alteración de las circunstancias presentes al tiempo de contratar, o bien derivarse del conocimiento sobrevenido de circunstancias ya existentes a la perfección del contrato. De este modo, igual que ocurre en los Principios Unidroit⁸⁸⁷, los redactores de la propuesta consideran que el error o desconocimiento de las circunstancias presentes al tiempo de contratar no debe dar lugar a la anulabilidad del contrato sino, como máximo, a su adaptación o resolución.

Se esté o no de acuerdo con la regulación propuesta⁸⁸⁸, no puede obviarse que, además de los requisitos exigidos en el art. 416-2, a la excesiva onerosidad causada por

⁸⁸⁷ Para aplicar la figura del *hardship*, el art. 6.2.2. de los Principios Unidroit exige, como ya analizamos también en este capítulo, que los eventos acontezcan “o lle[guen] a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato”.

⁸⁸⁸ Si se considera que la nulidad del contrato causada por un error que no recae sobre el objeto o causa del contrato, sino sobre la existencia de unas circunstancias que provocan una excesiva onerosidad, podría resultar una consecuencia desproporcionada, quizás sí resulte acertada la regulación propuesta.

el desconocimiento de circunstancias presentes al tiempo de contratar debería aplicarse los requisitos del error como vicio del consentimiento, esto es, la reconocibilidad y la excusabilidad del “error”. De hecho, este último requisito es el equivalente al requisito de la imprevisión, exigido para el supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias. Adviértase como la imprevisión no es aplicable al desconocimiento de las circunstancias existentes al tiempo de contratar. El desconocimiento de circunstancias no puede preverse o no preverse. A lo sumo, como en el error, el desconocimiento de circunstancias podría haberse evitado ejercitando la mínima diligencia exigida. Y es eso lo que debe exigirse en ese caso: la excusabilidad del desconocimiento.

La segunda cuestión a destacar del art. 416-2 es la exclusión de la figura de la frustración del fin del contrato. Nótese como, según los autores de la Propuesta de Código Mercantil, para que el cambio de circunstancias pueda afectar al régimen de cumplimiento del contrato, este debe afectar al equilibrio de prestaciones, alterándolo fundamentalmente. Sin embargo, el cambio de circunstancias que provoque la frustración del fin del contrato no conllevará la aplicación del art. 416-2. Como máximo, esa figura solo tendrá cabida en la medida en que las partes lo hayan pactado o cuando pueda defenderse que la causa del contrato se ha visto alterada.

Volviendo a la excesiva onerosidad, el art. 416 la define como la alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones, provocado por un cambio de circunstancias o por el desconocimiento de las circunstancias existentes al tiempo de contratar, en la medida en que dichos sucesos no pudieran haberse previsto (o conocido) por la parte perjudicada y siempre que escapen de su control y no se hubiera asumido el riesgo (del cambio de circunstancias o de la posibilidad de que se desconocieran las circunstancias presentes al tiempo de contratar). Con acierto, no se exige la extraordinariedad del cambio de circunstancias ni la imprevisibilidad objetiva y absoluta, sino tan solo que no se hubiera podido prever el cambio de circunstancias⁸⁸⁹.

Con acierto se exige también la ajenidad del cambio de circunstancias en un doble sentido: a través de la ausencia de control de los sucesos acontecidos y a través de la no

⁸⁸⁹ Quizás hubiera sido preferible la expresión “que no debiera haberse razonablemente previsto atendiendo a las circunstancias de las partes y del contrato”. Así quedaría aun más claro que no se exige a las partes la previsión de todo aquello que sea objetivamente previsible.

asunción implícita o explícita del riesgo consistente en la alteración de las circunstancias o de la existencia de circunstancias desconocidas al tiempo de la perfección del contrato.

La excesiva onerosidad tal y como se define en el apartado 2º del art. 461 no da derecho a la parte perjudicada a suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas. A lo que da derecho la excesiva onerosidad es a la renegociación del contrato. Si la contraparte no se aviene a negociar porque niega la existencia de la excesiva onerosidad, entonces la parte perjudicada podrá acudir al juez, quien, en su caso, ordenará la renegociación. Si la contraparte se niega a renegociar el contrato pero acepta la existencia de la excesiva onerosidad, entonces la parte perjudicada podrá solicitar la adaptación o la extinción del contrato.

A nuestro juicio, la negativa a renegociar el contrato por la contraparte una vez ha sido aceptada o constatada judicialmente la existencia de la excesiva onerosidad, no solo debería tener como consecuencia que la parte perjudicada pueda “exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale”. El incumplimiento del deber de renegociación (porque la contraparte no se aviene a negociar o porque actúa de mala fe en el curso de la negociación) debería dar lugar, además, al surgimiento de un deber de indemnizar los daños y perjuicios causados como consecuencia del no cumplimiento del deber de renegociación. Al respecto, resultaría de aplicación, aunque solo fuera analógicamente, lo dispuesto en el art. 412-2 de la propuesta: “1. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. En todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo⁸⁹⁰”.

Si la renegociación del contrato resulta infructuosa, entonces, según el art. 416-2, ambas partes pueden solicitar la adaptación del contrato (para restablecer el equilibrio de las prestaciones) o la extinción del mismo (en una fecha determinada en los términos que al efecto señale). Así, mientras que la activación del art. 416-2 solo puede ser solicitada

⁸⁹⁰ A estos efectos, tampoco puede obviarse lo dispuesto en el art. 415-4: “Cada parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de sus obligaciones”.

por la parte perjudicada, cualquiera de las partes, una vez constatada la existencia de la excesiva onerosidad, puede solicitar al juez la adaptación o la extinción del contrato. Ante esta tesitura, dado el fracaso de la renegociación del contrato, el juez deberá adaptar el contrato o darlo por extinguido.

Si bien en el art. 416.1 no se establece prioridad alguna entre la adaptación o la extinción del contrato, podría pensarse que la solución consistente en la adaptación es preferible frente a la extinción del contrato por cuanto ello supone la conservación del vínculo contractual. Dicho esto, no puede obviarse que el juez solo podrá adaptar el contrato en la medida en que ello suponga el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones y siempre que al menos alguna de las partes haya solicitado la aplicación de esta solución⁸⁹¹.

En efecto, en el supuesto en que alguna de las partes (o ambas) hayan solicitado la adaptación contractual, el juez deberá adaptar el contrato y restablecer el equilibrio de las prestaciones si de las propuestas de adaptación de las partes (en el caso de que ambas partes hagan propuestas) o de algún otro modo⁸⁹² pueda inferirse que las partes siguen estando de acuerdo en aquellos aspectos fundamentales para que el contrato siga siendo un entre dotado de sentido y equilibrado prestacionalmente. Si el desacuerdo de las partes se sitúa en puntos esenciales, el juez no debería proceder a adaptar el contrato, pues dicha adaptación provocaría que las partes quedaran vinculadas aun contra su voluntad.

Si la adaptación contractual no es posible, entonces deberá darse por extinguido el vínculo contractual. Esa extinción deberá encauzarse a través de la resolución contractual pues no cabe duda de que el tipo de contrato al que se aplica el precepto analizado será uno con causa onerosa-sinalagmática. La excesiva onerosidad faculta el no cumplimiento del deudor y ese no cumplimiento, si el contrato no es adaptado, provoca la resolución del vínculo contractual.

⁸⁹¹ A nuestro juicio, si ninguna de las partes solicita la adaptación del contrato, el juez no podrá adaptar el contrato sin extralimitarse injustificadamente en sus funciones jurisdiccionales.

⁸⁹² “El contrato mercantil debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Para determinar esta intención común se tendrán en cuenta todas las circunstancias y, en particular, los términos del contrato, las negociaciones previas, las prácticas entre los contratantes, la conducta de éstos después de celebrado el contrato, la naturaleza y finalidad del mismo y los usos y el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo sector de actividad económica”.

Por último, debe destacarse que en el art. 416-1 se establece que el juez debe señalar la fecha y efectos de la extinción (resolución). Si bien está claro que es el órgano judicial el encargado de fijar los efectos y la fecha de la resolución, no es tan evidente que esta pueda ser una decisión discrecional. La resolución deberá fijarse en la fecha en que se produjo la alteración sobrevenida de circunstancias (o cuando se conocieron o pudieron conocerse las circunstancias existentes al tiempo de contratar). Los efectos de la resolución deben circunscribirse a la restitución de las prestaciones ya ejecutadas en la medida en que han quedado afectadas por la excesiva onerosidad⁸⁹³, así como a la correspondiente contraprestación o contraprestaciones. Por supuesto, ante la falta de incumplimiento imputable, no se generará obligación alguna de indemnizar daños y perjuicios.

7.5 A modo de conclusión: breve resumen de las principales analogías y diferencias entre las propuestas de regulación analizadas

Resulta indudable que la alteración sobrevenida de las circunstancias será una figura de gran trascendencia en el futuro del derecho español y europeo de contratos. La mejor prueba de ello la encontramos en el hecho de que en todas y cada una de las propuestas analizadas se incluye esta figura⁸⁹⁴. Aun así, la regulación del cambio de circunstancias en todas estas propuestas es muy incipiente y resulta infructuosa en varios aspectos en los que aún, sin duda, debe seguir trabajándose⁸⁹⁵. A nuestro juicio, los más importantes son los siguientes:

1) No está claro cuál es la relación entre la alteración sobrevenida de las circunstancias y el principio *pacta sunt servanda*. Así, en efecto, a pesar de la normalidad de la que se pretende dotar a la regulación del cambio de circunstancias en todas las

⁸⁹³ Adviértase que si el contrato es de tracto sucesivo, puede haber prestaciones no alteradas por la excesiva onerosidad. En la medida que esas prestaciones no se han visto alteradas, tampoco deben verse afectadas por la resolución contractual.

⁸⁹⁴ Sin embargo, al menos por ahora, en la mayoría de propuestas (la excepción la encontramos en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos) solo se contempla la manifestación del cambio de circunstancias consistente en la excesiva onerosidad en el cumplimiento, y se olvida —consciente o inconscientemente— la frustración del propósito contractual como medio de excusar el cumplimiento.

⁸⁹⁵ En este sentido, aunque sobre el DCFR, v. DE GEEST, G. “Specific Performance, Damages...”, p. 131.

propuestas analizadas, en ninguna de ellas se vislumbra con claridad si esta figura es excepción o parte de la norma. Ello probablemente se deba a que tampoco esté claro cuál es el modelo de contrato del que se parte en cada una de esas propuestas. Esa falta de claridad alcanza, como no, al fundamento de la figura del cambio de circunstancias. Nótese, de hecho, como por ejemplo en algunas propuestas se relaciona el cambio de circunstancias con el elemento de la causa (así ocurre en las propuestas nacionales y en los principios Unidroit), mientras que en otras, en cambio, esa relación no es evidente.

2) En lo que respecta a las consecuencias en la aplicación de las doctrinas sobre el cambio de circunstancias, las dudas aumentan, si cabe. De hecho, si bien parece existir consenso en torno a las posibles consecuencias del cambio sobrevenido de circunstancias (deber de renegociar, adaptación judicial del contrato y resolución), en cambio no existe acuerdo en torno a cuál es el orden de prevalencia entre esas soluciones, ni mucho menos cuáles son sus criterios de aplicación: ¿es preferente la adaptación del contrato a la resolución?; ¿es el intento de renegociación del contrato un requisito de aplicabilidad de las doctrinas?; ¿cuándo y con qué criterios (objetivos o subjetivos) debe el juez adaptar el contrato?; ¿cuáles son los límites de la adaptación del contrato por parte del juez?, etc.

3) Más clara parece la relación, sin embargo, entre la alteración sobrevenida de las circunstancias, el resto de eximentes al cumplimiento y el régimen de cumplimiento e incumplimiento contemplado en las propuestas. Así, como hemos analizado, en todas las propuestas se configura el incumplimiento desde un punto de vista neutro (por lo que en él se incluye la alteración sobrevenida de las circunstancias) no exigiéndose, por lo tanto, su imputabilidad para la aplicación de la figura de la resolución contractual. Aun así, en nuestra opinión, en todas y cada una de las propuestas podría quedar más clara la configuración de la alteración sobrevenida de las circunstancias como un eximente tanto del deber de cumplimiento como de la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Nótese como el hecho de contemplar, por un lado, los eximentes al cumplimiento, por otro lado, la alteración sobrevenida y, como un ente separado de estos dos, la imposibilidad de reclamar el cumplimiento *in natura* puede resultar confuso.

4) Por último, en lo que respecta a los requisitos de aplicación de las doctrinas relacionadas con el cambio de circunstancias tampoco parece existir consenso. Efectivamente, a pesar de que en la mayoría de las propuestas analizadas parece exigirse

una imprevisión razonable (frente a los requisitos clásicos de la imprevisibilidad objetiva y la excepcionalidad del cambio de circunstancias), en alguna propuesta parece mantenerse, al menos formalmente, la necesidad de una imprevisibilidad absoluta y la excepcionalidad en el cambio de circunstancias. Por otro lado, en otras propuestas, como ya ha quedado patente, ni siquiera se exige que la excesiva onerosidad sea producto de un cambio sobrevenido de circunstancias.

8. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN: FUNDAMENTO, SUPUESTOS Y REMEDIOS

Hasta ahora, en los anteriores capítulos de este trabajo, hemos abordado el estado actual del problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias para así descubrir su fundamento y posibles remedios. Ese análisis se ha realizado no solo a través de las doctrinas que, desde el derecho español, se han postulado para la explicación y solución del problema, sino también a través del estudio de la temática desde un punto de vista abstracto y de derecho comparado.

La solución y explicación del problema desde el derecho español era, y sigue siendo, nuestro principal objetivo. Ese objetivo, sin embargo, era imposible de conseguir sin acudir a otros sistemas jurídicos. Pero nótese, además, como el estudio de otros sistemas jurídicos y propuestas internacionales no solo se justifica por la necesidad de comparar en sí misma considerada, sino desde la creencia de que solo a través de ese estudio comparado se puede entender bien, en toda su amplitud, también desde otros puntos de vista, la verdadera configuración, fundamento y solución al problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias.

Inevitable es también, tras la conclusión de dicho estudio, dar respuesta a todas y cada una de las preguntas planteadas hasta el momento. La contestación a esas preguntas puede ser clasificada en cuatro grandes bloques: 1) delimitación abstracta del problema; 2) definición de los supuestos incluidos en la problemática de la alteración sobrevenida de las circunstancias; 3) requisitos de aplicación; y 4) remedios.

Son estos bloques precisamente los apartados del capítulo que a continuación pasamos a desarrollar, no sin antes advertir que el objetivo ahora no es de carácter expositivo ni explicativo. La exposición y explicación del problema puede consultarse en los anteriores capítulos de este trabajo. De lo que ahora se trata, lo que nos proponemos, es dar respuesta concisa aunque suficiente a todos y cada uno de los interrogantes surgidos durante el presente estudio.

8.1 Delimitación abstracta del problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias

La alteración sobrevenida de las circunstancias es una cuestión/problema que atañe al riesgo contractual y que puede englobarse en la figura más amplia de la inexigibilidad de la prestación. El error y la imposibilidad, tanto inicial como sobrevenida, también son figuras relacionadas con el riesgo contractual y englobables (si se admite la categoría) en el ámbito de la inexigibilidad de la prestación.

Tanto el error como la alteración sobrevenida de las circunstancias están directamente relacionadas con el riesgo asumido por las partes. El error exige que quien lo alegue no haya asumido o podido asumir el riesgo de sufrir un error-vicio del consentimiento y, del mismo modo, que el acreedor haya asumido el riesgo de la posible existencia de un error. Esta exigencia de asunción del riesgo se relaciona directamente con los requisitos de la excusabilidad y reconocibilidad y en algunas propuestas para la modernización y unificación (o europeización) del derecho de contratos se ha llegado a hacer explícita. Así, recuérdese, que el art. 48 CESL establece que “[u]na parte no podrá anular el contrato por error si dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o, atendidas las circunstancias, debiera correr con el riesgo del error”.

¿Cuáles son entonces las diferencias entre aquellas figuras como el error o la imposibilidad (incluidas en la categoría de la inexigibilidad de la prestación) y las figuras que típicamente se engloban en la categoría de la alteración sobrevenida (a su vez también pertenecientes a la categoría de la inexigibilidad de la prestación)?

Pues, básicamente, que el riesgo que no debe haber sido asumido por las partes en un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias es la posibilidad de que las circunstancias existentes en el momento de contratar cambien, provocando este cambio algún efecto no querido. La falta de previsión ni es un error invalidante ni de ningún otro modo vicia el consentimiento prestado por las partes. La falta de previsión o, si se prefiere, el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias no se relaciona con la validez/formación del contrato. La falta de previsión sí es o puede ser (como también lo es el error-vicio, aunque por diferentes motivos) un problema de eficacia contractual. Ese problema de eficacia no se sustenta, sin embargo, en la falta o vicio de

consentimiento, sino en los límites del consentimiento contractual como elemento generador de obligaciones.

El consentimiento contractual, aun prestado válidamente, tiene límites. Uno de estos límites, explícitamente reconocido por nuestro ordenamiento, es el de la imposibilidad de la prestación. Así se dispone en los arts. 1182 y ss. del CC. La razón de ser de dichos artículos, que excusan al deudor de su obligación, no se encuentra simplemente, y así creemos haberlo demostrado a lo largo del presente trabajo, en el hecho de que la prestación se haya tornado imposible. Adviértase, de hecho, que nada impide a que el deudor, ante la imposibilidad inimputable de la prestación, se obligue al cumplimiento por el equivalente. La imposibilidad de la prestación como límite a la exigibilidad de la prestación (o de su equivalente) no se basa en el hecho objetivo de la imposibilidad sino en la presunción, por parte del ordenamiento, de que el consentimiento del deudor no le obligaba a cumplir con una prestación que se torna imposible sin su culpa. Esa presunción, sin embargo, puede romperse si el acreedor demuestra que el deudor asumió el riesgo del cumplimiento de la prestación incluso ante su imposibilidad.

La imposibilidad inicial de la prestación, en cambio, como el error-vicio, es un problema que afecta a la validez del contrato. Solo así se explica que el art. 1272 CC establezca que “no podrán ser objeto del contrato los servicios u objetos imposibles”. Y como el error y la imposibilidad sobrevenida (y la alteración sobrevenida de las circunstancias), la imposibilidad inicial también se relaciona con una cuestión de riesgo contractual. Así, en efecto, es posible, como ya se ha analizado en este trabajo, que el deudor se obligue a realizar un servicio u objeto a sabiendas o asumiendo el riesgo del desconocimiento de las circunstancias que hacen el cumplimiento, ya *ab initio*, imposible. En ese caso, como ya se ha adelantado que argumenta la mejor doctrina y se recoge en los últimos proyectos para la unificación/modernización del derecho de contratos, debe nacer algún tipo de responsabilidad para el deudor.

Teniendo en común el elemento del riesgo, es preciso que intentemos responder en qué se diferencian la alteración sobrevenida de las circunstancias (*stricto sensu*) y la imposibilidad sobrevenida e inimputable de la prestación

A nuestro juicio, únicamente en dos factores: 1) que la prestación aún es posible de ser cumplida *in natura* si nos encontramos ante un problema de alteración sobrevenida de las circunstancias; y 2) que, a diferencia de la imposibilidad de la prestación, la alteración sobrevenida de las circunstancias no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento. Establecido lo anterior, una nueva pregunta (y su contestación) se torna obligada: ¿son suficientes estas diferencias para excluir o ignorar la alteración de las circunstancias como un supuesto específico de inexigibilidad de la prestación?

A nuestro juicio, la contestación a esa pregunta es negativa, por los siguientes motivos directamente relacionados:

En primer lugar, porque en nuestro ordenamiento, la imposibilidad como excusa de la prestación no se basa simplemente en la imposibilidad objetiva del cumplimiento. Ello no solo viene demostrado por el hecho de que el deudor siga obligado al cumplimiento de la prestación (por su equivalente) en el supuesto en que la imposibilidad le sea imputable, sino también porque al deudor se le permite asumir, si así lo consiente, el riesgo de no ver excusada su prestación incluso ante la imposibilidad inimputable de la prestación, y;

En segundo lugar, porque, si se admite que el reconocimiento expreso de la imposibilidad en nuestro ordenamiento no está basado simplemente en el dato objetivo de que la prestación no es posible de cumplir, sino en la no asunción del riesgo de cumplir la prestación ante su imposibilidad inimputable, no existe motivo alguno para no reconocer otros supuestos en los que el deudor tampoco ha asumido el riesgo del cumplimiento.

Así, a nuestro juicio, siguiendo este razonamiento, existen otros supuestos tan frustrantes (en sentido amplio) como la imposibilidad de la prestación e igualmente oponibles frente al acreedor a pesar de su falta de tipificación expresa. Esa oponibilidad se basa (o debe basarse) en el deber que el acreedor tiene de aceptar que el alcance del consentimiento prestado por el deudor no es ilimitado, o lo que es lo mismo, en la aceptación de que un suceso imprevisto y cuyo riesgo no ha sido asumido por ninguna de las partes puede desconfigurar el contrato, haciéndolo irrecognoscible.

No se trata de agrandar el supuesto de la imposibilidad de la prestación para acoger en su seno otros supuestos en los que la prestación puede ser cumplida. Como ya expusimos en la primera parte de este trabajo, el agrandamiento de la figura de la imposibilidad de la prestación ni es posible ni es recomendable. Mejor opción resulta, a nuestro juicio, calificar la imposibilidad de la prestación como un supuesto más de alteración sobrevenida de las circunstancias para, a partir de ahí, comprender que no existe ninguna razón para negar que existen otros expedientes en los que el cambio de las circunstancias presentes en el momento de contratar también puede provocar la inexigibilidad de la prestación.

La diferencia básica entre la imposibilidad sobrevenida y las otras figuras englobadas en el ámbito de la alteración sobrevenida de las circunstancias reside en la consecuencia que provoca el cambio en las circunstancias: la imposibilidad de cumplir en términos absolutos en un caso, y la dificultad excesiva o inutilidad en los supuestos típicamente englobados en el ámbito de la alteración sobrevenida de las circunstancias en sentido estricto. Obviamente, la imposibilidad de cumplir en términos objetivos es mucho más fácilmente apreciable que la existencia de la excesiva onerosidad o de la frustración de la finalidad del contrato. Ello constituye una dificultad añadida en la prueba o establecimiento de los requisitos al aplicar la excesiva onerosidad o la frustración de la finalidad contractual frente a la aplicación, plenamente objetiva, de la imposibilidad de la prestación. Esa diferencia, sin embargo, no supone que todas estas figuras no compartan un mismo fundamento.

Podría afirmarse incluso, como se acaba de avanzar, que la imposibilidad de la prestación es un supuesto tipificado de alteración sobrevenida de las circunstancias. No obstante, esa tipificación no es suficiente, a nuestro juicio, para excluir otros supuestos en los que la alteración sobrevenida de las circunstancias debe excusar el cumplimiento del deudor (cuando le sea inimputable, claro está). Lo que sí implica la desregulación de otros supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias frente a la tipificación de la imposibilidad de la prestación es la necesidad de fundamentar muy bien por qué esos otros supuestos también excusan el deber de cumplimiento. Dicha fundamentación debe venir acompañada del establecimiento de unos requisitos de aplicación en los que realmente se aprecie la compatibilidad de esas otras figuras con un concepto de contrato,

la de nuestro ordenamiento, basado en las ideas de libertad, voluntariedad y obligatoriedad. A ello dedicamos los siguientes apartados.

8.2 Supuestos específicos de alteración sobrevenida de las circunstancias

¿Cuáles son los supuestos concretos, además de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que deben ser incluidos en el ámbito de la alteración de las circunstancias?

A nuestro juicio, dos: la excesiva onerosidad de la prestación y la frustración de la finalidad del contrato. Tienen en común estos dos supuestos el elemento que se ve afectado por la alteración: la causa del contrato. Se diferencian, en cambio, en el suceso que provoca esa afectación. Mientras que la excesiva onerosidad supone que la causa objetiva del contrato se vea afectada, la frustración de la finalidad del negocio se relaciona con el aspecto subjetivo de la causa.

8.2.1 Excesiva onerosidad (causa objetiva)

En los contratos con causa onerosa, dispone el art. 1274 CC, “se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”. A pesar de todas las deficiencias de este artículo, en él al menos se vislumbra, claramente, que en los contratos onerosos, la causa consiste precisamente en la relación de equivalencia entre las prestaciones de cada una de las partes. Esa relación de equivalencia no tiene que ser objetiva ni mucho menos exacta. Son las partes las que libremente deciden la relación de equivalencia entre las prestaciones: se trata de una equivalencia subjetiva.

Sin embargo, aun admitiendo la subjetividad de la relación de equivalencia entre las prestaciones, no cabe duda de que para que pueda afirmarse que nos encontramos ante un contrato con causa onerosa, esa relación de equivalencia no puede ser cualquiera. Si la comparación entre el valor de las prestaciones da un resultado absurdo, difícilmente podrá afirmarse que dicho contrato tiene causa onerosa. A lo sumo, lo que podría afirmarse es que la causa del contrato es mixta (gratuita-onerosa) o gratuita (si por ejemplo nos encontramos ante un contrato simulado). El hecho de que la relación de

equivalencia no deba ser objetiva no implica que las partes puedan considerar oneroso un contrato en el que, dada la desproporción entre las prestaciones, la onerosidad brille por su ausencia. Los contratos son lo que realmente son (y tienen la causa que realmente tienen) sea cual sea la calificación que del contrato y de su causa hagan las partes.

La validez y suficiencia causal del contrato debe medirse en el momento en el que el contrato se perfecciona. Una vez perfeccionado el contrato, este obliga a lo libremente pactado en la medida en que los elementos del consentimiento, objeto y causa estén presentes, sean validos y de ningún otro modo se hayan contravenido los límites a la autonomía de la voluntad. ¿Qué ocurre, en cambio, si alguno de estos elementos se ve afectado con posterioridad a la perfección del contrato?

Ningún sentido tiene esta pregunta en relación con el consentimiento contractual. El consentimiento contractual se otorga en el momento de perfeccionarse el contrato y su validez/invalidéz o existencia/inexistencia debe medirse solamente en este momento. En cambio, la posibilidad y licitud del objeto es un elemento que no solo se requiere en el momento de la perfección del contrato. La licitud y posibilidad del objeto o de la prestación debe mantenerse hasta el momento del cumplimiento siempre y cuando la ilicitud o la imposibilidad sea inimputable al deudor. Así lo establecen con claridad los arts. 1182 y 1184 CC.

Si su objeto o la propia prestación se hace imposible sin culpa del deudor y, además, este no asumió el riesgo de esa imposibilidad o ilicitud sobrevenida (lo que corresponderá probarlo al acreedor ante la institucionalización en nuestro ordenamiento de la imposibilidad o ilicitud sobrevenida), el cumplimiento de la prestación se verá excusado. En cambio, si la imposibilidad o ilicitud es imputable al deudor o este asumió ese riesgo en el momento de contratar, no habrá liberación ni excusa al cumplimiento sino deber de cumplir (por el equivalente) y, en su caso, de indemnizar daños y perjuicios.

Del mismo modo, si la onerosidad del contrato entendida como la relación de equivalencia establecida entre las partes se ve afectada de tal manera que no puede afirmarse que siga existiendo verdadera onerosidad y todo ello ha venido causado por un factor no imputable al deudor (y oponible al acreedor), la prestación del deudor, al menos tal y como fue configurada inicialmente, debería excusarse ante un problema causal

objetivo. El contrato inicialmente oneroso se ha desconfigurado de tal manera que ya no puede ser reconocido como tal. La clave, por supuesto, se encuentra en la determinación de qué debe entenderse por excesiva onerosidad así como en el establecimiento de aquellos requisitos que nos permitan concluir que la excesiva onerosidad de ningún modo es imputable al deudor. El examen de los requisitos para la determinación de la inimputabilidad de la excesiva onerosidad serán analizados en el siguiente apartado. Ahora interesa determinar cómo debe determinarse la propia existencia de la excesiva onerosidad.

La determinación de la excesiva onerosidad debe partir de la relación de equivalencia establecida por las partes. A partir de esa relación de equivalencia, debe analizarse si un aumento de los costes de la propia prestación o una disminución de valor de la contraprestación (no imputable a las partes) ha provocado que la relación de onerosidad establecida inicialmente haya quedado totalmente destruida desde un punto de vista objetivo. La determinación de la excesiva onerosidad debe partir de la comparación de las prestaciones de las partes teniendo en consideración dos momentos: el tiempo de la perfección del contrato (cuál era la relación de equivalencia en ese preciso momento) y el tiempo en que la prestación excesivamente onerosa debe ser cumplida. Si la onerosidad es excesiva deberá determinarse, a nuestro juicio, caso por caso, a través de la demostración de que el contrato, como contrato con causa onerosa, ha quedado desfigurado.

Aun así, si bien siempre debe exigirse que la relación de equivalencia entre las prestaciones sea excesiva, también creemos que debe considerarse si esa excesiva onerosidad de algún modo se ha compensado por circunstancias ajenas a la propia relación entre el valor de las prestaciones. Así, es posible, en efecto, que si bien la relación de equivalencia entre las prestaciones sea excesivamente onerosa, de algún modo el deudor, por sus circunstancias en el mercado o incluso en el ámbito de la relación contractual, pueda sobrellevar esa mayor onerosidad a un coste razonable.

Como ya analizamos, este último criterio ha sido utilizado en ocasiones tanto por la doctrina como por los tribunales estadounidenses. Y lo que con él pretendemos poner de manifiesto es que si bien la excesiva onerosidad debe medirse en función de la relación de equilibrio entre la prestación y la contraprestación (pues la afectación de la causa

onerosa del contrato es lo que justifica la figura), no por ello pueden dejar de considerarse circunstancias que si bien son ajenas a la relación de equivalencia de las prestaciones, de algún modo y de conformidad con el principio de buena fe contractual, hacen poco justificable la excusa del cumplimiento ante la excesiva onerosidad. No puede obviarse que el cumplimiento del contrato en sus estrictos términos es y debe seguir siendo la norma general.

8.2.2 *Frustración de la finalidad contractual (causa subjetiva)*

Si lo que se ve afectado por el cambio sobrevenido de las circunstancias es la finalidad o propósito del contrato, la excusa del cumplimiento también se fundamenta en la causa del contrato, pero esta vez desde una perspectiva subjetiva. Si se acepta, como aquí se acepta, que la causa del contrato se configura desde una doble perspectiva, objetiva y subjetiva, no puede sino aceptarse también que el cambio de circunstancias puede desconfigurar el contrato desde un punto de vista objetivo pero también desde un punto de vista subjetivo, en la medida en que la finalidad prevista y admitida por las partes no pueda conseguirse a través del cumplimiento contractual.

Siempre se contrata por algún motivo o para conseguir una determinada finalidad. Si esa finalidad se garantiza expresamente en el contrato, entonces se confunde o mimetiza con el objeto contractual y, por ello, su frustración podría asimilarse a la imposibilidad de la prestación en lo que respecta a sus efectos. Si esa finalidad en nada se diferencia de la función económica-social que el ordenamiento asigna a la tipología de contrato perfeccionado por las partes, se confunde con la causa objetiva del contrato. En cambio, si las partes tienen una motivación especial, adicional a la dispuesta por el ordenamiento para el tipo de contrato celebrado, esa finalidad puede identificarse a los meros motivos de las partes o bien al fin/finalidad del contrato como algo distinto a los meros motivos. Asumimos en este trabajo la existencia de este último concepto igual que se hace en el art. 1213 del Proyecto de Modernización de Código Civil en materia de obligaciones y contratos.

Admitimos también, como no, la dificultad de distinguir los meros motivos del fin o la finalidad del contrato. El establecimiento de esa diferencia es difícil pero no

imposible. La distinción básica entre estos dos conceptos reside en la ineptitud de los meros motivos para originar algún efecto en el régimen de cumplimiento de los contratos (a menos que se causalicen) en contraposición con la posibilidad de que la finalidad del contrato, a través de su frustración, pueda provocar algún efecto sobre las obligaciones de las partes (sin necesidad de que se causalice expresamente).

Si las partes introducen como condición a la eficacia del contrato la exigencia de la satisfacción de un determinado motivo o finalidad, ni siquiera tiene sentido distinguir entre ambos conceptos. Ya sea un motivo o una finalidad lo cierto es que la introducción de una condición exigiendo su cumplimiento o satisfacción hace innecesario investigar si la causa del contrato (en sentido subjetivo) se ha visto afectada por un cambio de circunstancias. De hecho, la introducción de una condición expresa supone la objetivización de los motivos/finalidad contractual de las partes, equiparándolo al propio cumplimiento/objeto del contrato. La condición supone la equiparación del objeto y la causa a efectos prácticos.

Pero la ausencia de condición expresa no implica que el contrato no pueda tener una finalidad subjetiva, distinta a los motivos y asimilable a la causa, que pueda afectar a su eficacia. Lo que la falta de tal condición explícita implicaría es la necesidad de probar que, a pesar de su falta de causalización expresa, el contrato tenía un fin o finalidad concreta cuya frustración tiene efectos en el régimen de cumplimiento pactado. Esa prueba debe consistir precisamente en la demostración de que lo que se ha visto frustrado es algo más que la mera motivación para contratar.

La mayor diferencia, como avanzábamos, entre la finalidad contractual y los motivos reside en los efectos que provoca su frustración: ninguno si lo que se ve frustrado son los motivos y la excusa del cumplimiento (al menos en los términos inicialmente pactados) si lo que se frustra es la finalidad contractual. Esa diferencia deriva, a su vez, de la ajenidad de los motivos frente a la plena participación de la finalidad en la estructura del contrato.

Los meros motivos de ningún modo pasan a formar parte del contrato o de su estructura. Nunca abandonan a la parte que los sustenta por más que hayan motivado la celebración del contrato o la inclusión de un determinado pacto. En cambio, la finalidad

del contrato pasa a formar parte de la estructura contractual a través del elemento de la causa. La finalidad, a diferencia de los motivos, es lo que explica, fundamenta y sustenta la existencia del contrato. Y la finalidad, a diferencia de los motivos, es reconocida como un elemento básico del contrato por ambas partes del contrato. La finalidad, a diferencia de los motivos, es oponible en tanto que reconocible como finalidad para las partes.

La determinación de que nos encontramos ante una finalidad contractual y no frente a la mera motivación subjetiva de las partes solo es posible a través de las siguientes preguntas: ¿puede reconocerse el contrato como ente dotado de sentido ante la frustración de un determinado propósito?; ¿es ese propósito y su importancia oponible frente a la parte frente a la que se alega?

Si la contestación a ambas preguntas es afirmativa, entonces nos encontramos ante un fin o finalidad contractual. Si la respuesta a alguna de esas preguntas es negativa, o bien nos encontramos ante un mero motivo o bien ante una finalidad contractual cuya frustración, sin embargo, es irrelevante. Así, en efecto, si el contrato, a pesar de la frustración del propósito de las partes (o de una de ellas), sigue siendo un ente dotado de sentido, ya ni tan siquiera es necesario preguntarse si la frustración del propósito es oponible en tanto en cuanto que reconocible. Si ante la frustración del propósito, el contrato deja de tener sentido para alguna de las partes, pero esa pérdida de sentido no es oponible frente a la contraparte, la frustración del propósito, ya sea calificado de motivo o finalidad, no puede tener ningún tipo de efecto.

Que la frustración de un determinado propósito provoca la pérdida de sentido del contrato y su oponibilidad frente a la parte contra la que se alega, corresponde probarlo a la parte que pretende la aplicación de la doctrina de la frustración de la finalidad contractual. Lo que debe acreditarse, para que se pueda distinguir correctamente el mero motivo de la finalidad contractual, es el conocimiento por ambas partes de que el contrato no se hubiera celebrado si las partes hubieran conocido que una determinada finalidad no se vería satisfecha. Obviamente, al no haber un pacto expreso al respecto, la prueba deberá basarse en indicios en función de las circunstancias de las partes en el momento de contratar, así como en el conocimiento de esas circunstancias y de su importancia por la otra parte del contrato. Para ello, resultará especialmente relevante atender a los términos de la negociación mantenida con anterioridad a la celebración del contrato. Esa

negociación será, en efecto, uno de los medios para determinar, quizás el principal, que la finalidad contractual alegada era reconocible por la contraparte.

Lógicamente, aunque ello se relaciona también con los requisitos de aplicación de la figura (a lo que dedicamos el siguiente apartado), uno de los interrogantes a los que deberá hacer frente la parte que pretenda oponer la frustración de la finalidad contractual es, precisamente, ¿por qué esa finalidad contractual no fue causalizada? La contestación a esa pregunta, para que no impida la alegación de la frustración de la finalidad, debe basarse en la creencia inimputable de que dicha causalización no resultaba necesaria en tanto en cuanto conocida y admitida como tal por la contraparte. Lógicamente, la causalización expresa o condicionamiento del cumplimiento del contrato al cumplimiento de la finalidad contractual de las partes es siempre la mejor y más diligente opción. Aun así, no puede perderse de vista que, en ocasiones, la creencia consistente en que a través del contrato se conseguirá la finalidad contractual prevista, conllevará que las partes no incluyan una previsión expresa sobre la posible frustración del fin contractual sin que tal hecho suponga una falta de diligencia imputable. Ello dependerá de si se cumplen o no los requisitos para la aplicación de la doctrina.

Por ejemplo, en los ya comentados casos de la Coronación y, en particular, en el caso de *Krell vs. Henry* se hace evidente, a nuestro juicio, la distinción entre los meros motivos y la finalidad contractual⁸⁹⁶. Así, en efecto, en todos esos casos, ambas partes conocían y aceptaban que el balcón se alquilaba con el propósito de la coronación del Rey. Así lo apuntaban las circunstancias presentes en el momento del contratar, los términos de la negociación y algunos de los pactos contractuales.

En otras palabras, el contrato de arrendamiento y su cumplimiento no tenía sentido si la coronación no se llevaba a cabo. Adviértase que el propietario del balcón lo había ofertado con el reclamo de que se iba a celebrar la coronación y que el precio pagado por

⁸⁹⁶ En idéntico sentido se pronuncia, con gran maestría a nuestro juicio, SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: “La frustración del contrato en el Derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*: vol. XX, año 2005, pp. 54 a 56.

V. también SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La frustración del contrato”. , en AA.VV: *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Editado por Sixto Sánchez Lorenzo. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pp. 1377 a 1438.

el arrendatario era tan elevado debido a la finalidad con la que el balcón se alquilaba (ningún otro factor puede explicar de manera lógica el precio pactado). La coronación del rey y su contemplación desde el balcón era el fin del contrato. Cuestión distinta es que las decisiones alcanzadas por los tribunales en esos casos fueran las correctas: que exista una finalidad y se frustré no es suficiente para excusar automáticamente la obligación del deudor. Para ello, además, deben cumplirse una serie de requisitos.

Entre esos requisitos no se encuentra la exigencia de que la finalidad que se frustré sea común a las partes. Obviamente, si la finalidad es común y ello puede ser demostrado, no cabe duda de que no nos encontramos ante unos meros motivos y que, por ello, siempre que la causa de la frustración sea ajena a las partes, deberá conllevar la excusa del cumplimiento de ambas. De hecho, nótese que si la frustración es de la finalidad común, lo más probable es que ambas partes estén interesadas en que se aplique esa solución. Sin embargo, salvo que se trate de contratos de colaboración en el que las partes se encomienden al cumplimiento de una determinada finalidad, lo cierto es que, normalmente, las partes tienen motivos y fines contractuales distintos y, por lo tanto, individuales.

Aunque más difícilmente, el incumplimiento de estos fines individuales también puede dar lugar a la frustración del contrato siempre y cuando se pueda demostrar que, sin el cumplimiento de ese fin, el contrato ha dejado de ser un ente dotado de sentido y que todo ello es oponible frente a la contraparte. Cuando nos encontramos ante uno de esos supuestos y no ante la mera frustración de los motivos irrelevantes de una de las partes, solo puede ser contestado caso por caso, aunque utilizando los criterios ya apuntados.

En *Krell vs. Henry* no se entiende el contrato como un ente dotado de sentido sin la celebración de la coronación. En cambio, en otros tipos de supuestos, en los que las partes tampoco pueden satisfacer el motivo que les llevó a contratar, no podrán ser calificados como supuestos de frustración de la finalidad contractual por la sencilla razón de que, en esos casos, el contrato sigue teniendo sentido sin el cumplimiento de esos propósitos. Estos últimos casos, en los que lo que se ve frustrado es el motivo personal e irrelevante que llevó a las partes a contratar, serán siempre los más numerosos. No puede olvidarse, en efecto que, en principio, el propósito personal por el que cada una de las

partes contrata es indiferente para la otra parte incluso aunque se comunique. Ese propósito solo podrá calificarse de finalidad contractual en la medida en que se cumplan las exigencias que se acaban de especificar.

8.3 Requisitos de aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias

La excesiva y sobrevenida onerosidad de la prestación y la frustración sobrevenida del propósito contractual se diferencian en su supuesto de hecho y se asimilan en los requisitos que deben ser exigidos para su aplicación. Esos requisitos, a lo sumo, se ven matizados en función de si nos encontramos ante un supuesto u otro.

La alegación con éxito de la alteración sobrevenida de las circunstancias, a través de sus dos posibles manifestaciones, exige: 1) la imprevisión razonable del cambio de circunstancias, de su magnitud y/o de las consecuencias sobre las obligaciones de las partes; 2) la ajenidad o inimputabilidad en el cambio de circunstancias, en su magnitud y/o en su resultado y; 3) la no asunción del riesgo del cambio de circunstancias, de su magnitud y/o de su resultado.

Es también un requerimiento indispensable para aplicar las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias (aunque no propiamente un requisito) que nos encontremos ante un contrato de ejecución diferida, ya sea de tracto único o sucesivo. Si la perfección y ejecución del contrato tienen lugar en el mismo momento temporal o de manera inmediata en el tiempo, simplemente no puede hablarse de alteración “sobrevenida” de las circunstancias, sin que ello prejuzgue que no podamos encontrarnos ante un problema relacionado con los vicios del consentimiento o de culpa “in contrahendo”.

Si, en cambio, la ejecución se difiere en el tiempo, debe admitirse la posibilidad de que las circunstancias en el momento de contratar se vean modificadas y ello provoque bien la excesiva onerosidad de la prestación o bien la frustración del fin del contrato. Ese fenómeno puede producirse tanto si el contrato es de ejecución continuada/sucesiva o de tracto único pero de cumplimiento diferido. Lógicamente, es posible que, por el modo en que han sido configuradas las prestaciones, los requisitos de las doctrinas sean más

fácilmente aplicables a un tipo de contrato que a otro en función de cuánto se ha diferido la ejecución en el tiempo, así como en función de la configuración de las prestaciones como sucesivas o única. Ello no conlleva, como en ocasiones se ha afirmado por la jurisprudencia, que las doctrinas solo sean aplicables a los contratos de tracto sucesivo.

Tampoco es necesario, para aplicar las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias, que nos encontremos ante un contrato de carácter conmutativo. La aleatoriedad del contrato supondrá, eso sí, la mayor dificultad de apreciación de los requisitos de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias. Básicamente, sobre todo si el cambio de circunstancias afecta al ámbito de aleatoriedad del contrato, difícilmente podrá afirmarse que las partes no aceptaron el riesgo. De hecho, en ese caso, el riesgo estará tan directamente unido a la configuración de la prestación que la alegación con éxito de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida resultará prácticamente imposible. Pero, si el cambio de circunstancias afecta al contrato aleatorio en algún ámbito excluido de dicha aleatoriedad (lo que, sin duda, no será fácil de probar) no existe inconveniente para la aplicación de las doctrinas si se acreditan sus requisitos.

No es un requisito (ni un requerimiento) que no pueda aplicarse otra doctrina o institución a la par que la alteración sobrevenida de las circunstancias. No tiene ninguna razón de ser, a nuestro juicio, que se califique como subsidiarias a las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias. Si se dan los requisitos de aplicación, las doctrinas deberían poder aplicarse siempre y cuando el contrato no pueda calificarse a su vez como radicalmente nulo.

Pero, ¿qué ocurre si el contrato no solo se ha visto alterado sino que, además, por otra causa distinta, puede ser anulado por alguna de las partes? Pues que las partes, mediante la alegación de la alteración sobrevenida de las circunstancias o la no excepción consistente en la invalidez del contrato ante dicha alegación, estarán renunciando a la acción de anulabilidad. En efecto, si el contrato puede ser anulado y, sin embargo, las partes alegan o se defienden sobre la base de una doctrina, la correspondiente a la alteración sobrevenida, que presupone la validez del contrato, implícitamente renuncian a la acción de invalidez. Del mismo modo, si las partes no alegan ni excepcionan un incumplimiento anterior al cambio de circunstancias e imputable a alguna de ellas, sino

tan solo la alteración sobrevenida, implícitamente están renunciando a las acciones derivadas ante dicho incumplimiento. Estas doctrinas solo podrían considerarse como subsidiarias si ante un contrato de tracto sucesivo e indefinido en el tiempo, el ordenamiento permitiera su libre denuncia a cualquiera de las partes. Recuérdese que así se contempla, por ejemplo, en el CESL.

Como ya se ha comprobado en los anteriores apartados del presente trabajo, los tribunales y parte de la doctrina en ocasiones exigen que ninguna de las dos prestaciones del contrato, tanto la que se ve afectada por la alteración sobrevenida de las circunstancias como la contraprestación, hayan sido ejecutadas en el momento en que se produce el cambio de circunstancias y/o se alega la doctrina de que se trate.

Esta última exigencia parece obvia ante la alegación de la doctrina consistente en la frustración de la finalidad del contrato. Así, en efecto, nótese que la parte que pretende la aplicación de la doctrina de la frustración debía ver satisfecha la finalidad prevista a través del cumplimiento de la contraprestación. Por ello, si esa contraprestación ya ha sido cumplida (y aceptada) con anterioridad a la frustración de la finalidad o su alegación, aunque la contraprestación efectivamente no sea susceptible de satisfacer la finalidad del contrato, bien porque debió ser alegada con anterioridad al cumplimiento de la contraprestación si esta no era susceptible de satisfacer la finalidad del contrato, o bien porque la pérdida de sentido del contrato es un riesgo a asumir por el acreedor de la contraprestación una vez esta ha sido cumplida, la doctrina no podrá ser aplicada. Dicho de otro modo, con el cumplimiento, el deudor de la contraprestación se libera del riesgo de que esta deje de tener sentido.

¿Ocurre lo mismo en supuestos de excesiva onerosidad de la prestación?; ¿puede alegarse con éxito que la prestación del deudor se ha tornado excesivamente onerosa cuando la contraprestación ya había sido cumplida? A nuestro juicio, difícilmente prosperará tal alegación. Como ya se ha avanzado en el anterior apartado del presente capítulo, la excesiva onerosidad de la prestación debe medirse en función de la relación de equivalencia entre la prestación y la contraprestación. Por ello, desde el momento en que la contraprestación ha sido cumplida y pasa a formar parte del patrimonio del deudor de la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa, el riesgo de esa mayor onerosidad pasa a ser siempre del deudor, que ahora también es “propietario” de la

contraprestación en función de la cual debe medirse la excesiva onerosidad de su propia prestación.

Es más, podría considerarse que desde el momento en que se ha producido dicho cumplimiento, el contrato ha pasado a ser uno de carácter unilateral, en el que no cabe la posibilidad de aplicar la doctrina relativa a la excesiva onerosidad. Lo anterior no es, sin embargo, del todo cierto. El cumplimiento del contrato no provoca la modificación de su causa. El contrato y sus prestaciones siguen teniendo causa onerosa tras el cumplimiento de la contraprestación. Por ello, a nuestro juicio, la determinación sobre si el cumplimiento de la contraprestación determina la inviabilidad de alegar la excesiva onerosidad de la prestación depende de si puede atribuírsele al acreedor el riesgo de que la prestación del deudor devenga excesivamente onerosa después de que aquel haya cumplido con su propia obligación. En nuestra opinión, difícilmente podrá atribuirse ese riesgo al deudor de la contraprestación ya ejecutada, sin que ello prejuzgue la posibilidad de que pueda aplicarse la excesiva onerosidad en supuestos en que el aplazamiento del cumplimiento de la prestación del deudor sea en interés del acreedor o pueda fundamentarse bajo cualquier otra justificación distinta al interés del deudor (lo que por supuesto deberá probarse).

Por último, la excepcionalidad del cambio de circunstancias no debería ser un requisito para la aplicación de las doctrinas. Como ya se ha indicado con anterioridad, la exigencia de los requisitos de aplicación que a continuación desgranamos y explicamos hacen completamente innecesario que se exija que el cambio de circunstancias sea de carácter excepcional. De hecho, lo único que dicha exigencia provocaría es que las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias no sean consideradas como una incidencia normal, por más que de aplicación especial y limitada, en el ámbito del derecho de contratos y obligaciones.

Una vez han sido excluidos algunos de los elementos que normalmente se citan (injustificadamente) como requisitos para la aplicación de las doctrinas relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias, resulta imprescindible tratar más detalladamente los elementos que al principio de este apartado hemos enumerado como requisitos necesarios para su aplicación. Esto es: 1) la imprevisión razonable del cambio de circunstancias, de su magnitud y/o de sus consecuencias sobre las obligaciones de las

partes; 2) la ajenidad o inimputabilidad en el cambio de circunstancias, en su magnitud y/o en su resultado y; 3) la no asunción del riesgo del cambio de circunstancias, de su magnitud y/o de su resultado.

Las partes no deben haber previsto que las circunstancias presentes al tiempo de contratar se podrían ver modificadas o, si lo previeron, no debieron prever al menos las consecuencias o la magnitud de ese cambio de circunstancias. No basta con la mera imprevisión, pero tampoco puede exigirse la absoluta imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Debe partirse de aquello que no ha sido previsto o asumido (la previsión o asunción excluye, en principio, la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida) para, a partir de ahí, cuestionar si dicha imprevisión resultaba razonable. De ahí que el requisito no sea la mera imprevisión, tampoco la imprevisibilidad, sino la imprevisión razonable. Así se establece con gran acierto en la ya citada STS de 18 de enero de 2013 (La Ley 9463/2013)⁸⁹⁷ en un supuesto en el que se pretendía alegar que la imposibilidad de los compradores de una vivienda para conseguir financiación era un factor imprevisible: “(...) no cabe atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar o que, razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias”

La razonabilidad de la previsión debe ser medida en función (i) de las circunstancias de las partes (su pericia o experiencia); (ii) del tipo de contrato de que se trate (en función del riesgo asignado legalmente a dicho contrato) (iii) del curso de las negociaciones entre las partes; (iv) de la confianza y relaciones previas entre los contratantes; así como (iv) de las probabilidades de que el suceso finalmente acontecido se produjera en relación con las posibles consecuencias que en el momento de contratar se podían asignar a ese fenómeno en concreto.

No puede afirmarse sin más que un fenómeno, en abstracto, era razonablemente previsible. Ello depende de las circunstancias concretas de cada caso. De hecho, la pregunta a contestar no es si el fenómeno era previsible, sino si debía haber sido previsto

⁸⁹⁷ Un detallado comentario a esta STS, en comparación con la STS de 17 de enero de 2013, puede ser consultado en PAZOS CASTRO, R.: “La posible exoneración del deudor de sus obligaciones contractuales como consecuencia de la crisis económica. Comentario a las SSTs de 17 de enero y 18 de enero de 2013”. *Dereito*: vol. 23, nº 1, enero-junio 2013, pp. 139 a 160.

por la parte que se ve afectada. Como se concluyó en los ya citados supuestos de *Westinghouse*, en ocasiones no basta con preguntarse si un determinado suceso era previsible. En ocasiones, la pregunta a realizar es: ¿hasta qué punto la probabilidad de un riesgo y sus efectos obligaban a las partes a protegerse frente a él?

Las probabilidades de que el fenómeno se produjera, así como la magnitud de sus consecuencias es el principal factor a tener en cuenta. Ese factor, sin embargo, debe ser modulado en función de las demás circunstancias. El deber de previsión exigido no puede ser el mismo si el deudor es un consumidor o particular sin experiencia en el sector de que se trate, que si es un empresario o profesional altamente cualificado. Tampoco puede exigirse el mismo deber de previsión en un contrato con un cierto componente de riesgo que en un contrato sin ese componente. Asimismo, también debe considerarse si, durante la negociación del contrato, las partes contemplaron la posibilidad de que el evento ocurrido aconteciera, así como el motivo de que decidieran no incluir una cláusula al respecto. Por último, además, a la hora de determinar la existencia del deber de previsión, es preciso contemplar cuál era el grado de confianza existente entre las partes, para lo que habrá que considerar las relaciones mantenidas por estas previamente.

El requisito de la imprevisión razonable debe ser entendido en sentido normativo. No puede asimilarse sin más a la total falta de contemplación del suceso acontecido. Lo que debe exigirse es la razonabilidad (o si se prefiere, la diligencia) del deudor en la no inclusión de una cláusula regulando el riesgo de que pudiera acontecer una determinada circunstancia. La imprevisión como requisito puede partir de la no contemplación del suceso en cuestión (debiendo demostrarse entonces que esa falta de contemplación-imprevisión era razonable), pero también a partir de la contemplación como posible del suceso en cuestión.

Así, en efecto, incluso si las partes (o una de ellas) contemplaron el supuesto finalmente acontecido como posible, puede seguir defendiéndose que el requisito de la imprevisión razonable se cumple. Para ello, será necesario que se explicita por qué sigue siendo razonable la imprevisión del cambio de circunstancias, entendida la imprevisión no como la absoluta falta de contemplación del suceso sino como la asunción razonable de que no era necesario incluir una cláusula contractual regulando el riesgo finalmente

acontecido. En este último caso, el requisito de la imprevisión razonable podría ser denominado “asunción razonable”.

De este modo, cuando no se haya contemplado en absoluto el fenómeno finalmente acontecido, nos encontraremos propiamente ante una imprevisión razonable. En cambio, si las partes contemplaron la posibilidad de que un determinado suceso aconteciera pero razonable o diligentemente descartaron tal posibilidad, no puede seguir afirmándose que dicho acontecimiento era imprevisible. Quizás sea mejor que en tal caso el requisito de la imprevisión sea calificado como la “asunción razonable” de que un determinado riesgo no acontecería. No se trata de renunciar a la imprevisión como requisito sino de entenderlo en sentido normativo e incluir en él tanto la no contemplación razonable de un determinado riesgo como la asunción diligente o razonable de que ese riesgo, aun contemplado, no sucedería.

Si la parte que pretende la aplicación de las doctrinas contempló el suceso, será más difícil demostrar que el requisito de la imprevisión (o de la asunción razonable) está presente. Esa mayor dificultad no implica, aun así, que la parte que pretenda la aplicación de la doctrina no pueda probar que era más diligente y económico no incluir una determinada cláusula sobre un determinado fenómeno que iniciar una negociación para incluirla. La demostración de esta asunción razonable será ciertamente difícil cuando la circunstancia contemplada solo fuera susceptible de afectar al deudor (y no a ambas partes) o cuando por el tipo de contrato de que se trate o las relaciones previamente mantenidas no pueda esperarse que la otra parte sea flexible ante el acontecimiento de un suceso imprevisto que no le afecta y que, además, pudo ser contemplado.

Se trata de aceptar, como se acepta en el derecho estadounidense, que si bien la imprevisión normalmente juega un papel fundamental a la hora de aplicar las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida, también es posible que un factor contemplado como posible pueda excusar el cumplimiento del deudor cuando la asunción de que no sucedería o de que sus consecuencias no serían las finalmente acontecidas pueda calificarse como razonable. Admitido esto, no existe inconveniente alguno en que el requisito siga denominándose “imprevisión razonable”, si en él se incluye tanto la no contemplación de un suceso como la asunción (razonable en ambos casos) de que dicho

acontecimiento no se produciría (lo que no deja de ser, en sentido amplio, una imprevisión o, si se prefiere, una previsión-decisión incorrecta).

Bien a través del ensanchamiento del requisito de la imprevisibilidad, bien a través de la aplicación de otras doctrinas distintas a la *rebus sic stantibus*, el TS también ha admitido la excusa del contrato ante el cambio de circunstancias que resultaban absolutamente previsibles para las partes (en sentido objetivo). El denominador común en todos esos casos, aunque ello no se ponga nunca de manifiesto por los tribunales, se encuentra en la existencia de una asunción compartida por las partes sobre el mantenimiento de las circunstancias existentes al tiempo de contratar.

Así, por ejemplo, no cabe duda de que en la ya comentada STS de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9226), el cambio de circunstancias consistente en la extinción del contrato de arrendamiento del que era titular el vendedor de la mitad del negocio de discoteca era perfectamente previsible para el comprador. No es cierto, como afirma el TS en este caso, que la extinción del contrato de arrendamiento que permitía al vendedor explotar la mitad del negocio de discoteca fuera una circunstancia difícilmente previsible. No cabe duda de que dicha extinción era previsible y debió ser prevista por el comprador de la mitad del negocio. La obligación de pago del precio por parte del vendedor no se excusa en este caso ante la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. La excusa del cumplimiento tiene lugar ante el cambio de una asunción básica compartida por las partes. Esta asunción consiste en la creencia de que el contrato de arrendamiento por el que el vendedor explotaba el negocio no se extinguiría a los pocos meses de haber vendido su mitad del negocio. Como bien expone el TS en el fundamento de derecho tercero de la resolución, el negocio de compraventa y, en concreto, su precio, vino determinado por la expectativa del comprador (conocida y asumida por el vendedor) de que el contrato de arrendamiento en virtud del cual el otro socio explotaba el negocio se prolongaría durante el tiempo suficiente como para compensar el desembolso realizado.

Exactamente lo mismo ocurre en la también ya comentada STS de 21 de julio de 2010 (RJ 2010/3987). En este caso, todas las partes del contrato eran perfectamente conscientes de que las cinco fincas sobre las que se había suscrito una opción de compra podían no conseguir la calificación urbanística necesaria para ejecutar en ellas las obras previstas. De hecho, la posibilidad de que los terrenos no obtuvieran la calificación

necesaria no solo era un elemento previsible sino, además, conocido por todas las partes. Aun así, las partes acordaron la creación de una sociedad participada sobre la asunción compartida de que sí se obtendría dicha calificación urbanística. La falsedad o, si se prefiere, la destrucción de dicha creencia o asunción sustituye en este caso el elemento de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Sin embargo, como ya analizamos, el TS prefiere fundamentar la excusa del contrato sobre la doctrina de la base del negocio.

No existe esa asunción básica, a nuestro juicio, en la también citada y muy reciente STS de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/3268)⁸⁹⁸. La imposibilidad económica de la compradora de subrogarse en el crédito hipotecario de la vendedora era, a nuestro juicio, una circunstancia razonablemente previsible. Además, la posibilidad de subrogación en dicho crédito hipotecario no era una asunción básica compartida por las partes. No es cierto ni hay evidencia de la afirmación que realiza el TS, consistente en que ambas partes daban por hecho que la compradora podría subrogarse en dicho préstamo hipotecario. La mejor prueba de ello es que dicha subrogación se planteó solo como una posibilidad más para la compradora. Además, por si lo anterior no fuera suficiente, esa posibilidad de subrogación o, en general, la obtención de financiación por parte de la compradora es un problema totalmente ajeno al vendedor que de ningún modo condiciona la ejecutabilidad de la compraventa si no se impone como condición expresa en el contrato.

El segundo requisito para la aplicación de las doctrinas relacionadas con el cambio de circunstancias consiste en la ajenidad. La ajenidad se relaciona, en primer lugar, con la inimputabilidad en el cambio de circunstancias o en sus consecuencias. La inimputabilidad debe entenderse no solo como la ausencia de culpa sino también como la falta de control en la causación del fenómeno que ha provocado el cambio de circunstancias o en las consecuencias provocadas. Así, si, de algún modo, la parte provocó o pudo evitar, actuando diligentemente, el cambio de circunstancias o sus consecuencias, no puede afirmarse que el requisito de la ajenidad se cumpla.

⁸⁹⁸ Un exhaustivo comentario a esta STS puede ser consultado en BUSTO LAGOS, J. M.: “Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*”, frustración de las expectativas del comprador. CCJC: nº 93, septiembre-diciembre 2013, pp. 579 a 595.

En segundo lugar, el requisito de la ajenidad en el cambio de circunstancias exige que, previamente a la alteración, el deudor no haya incurrido en un incumplimiento que, de no haberse producido, hubiera evitado el cambio de circunstancias. El incumplimiento, lógicamente, debe ser imputable al deudor y suficiente para que pueda afirmarse que sin ese incumplimiento no se hubiera producido el cambio en las circunstancias. Ello implica que tanto la mora imputable al deudor como el incumplimiento esencial impida la alegación con éxito del cambio sobrevenido en las circunstancias. En otras palabras, el incumplimiento previo provoca que el cambio de circunstancias no sea ajeno: el cumplimiento satisfactorio y/o a tiempo lo hubiera podido evitar.

Si la mora (cuando no sea automática o apreciable de oficio) o el incumplimiento esencial resolutorio no son alegados por el acreedor ante la alegación del cambio de circunstancias por parte del deudor, podrá aplicarse la alteración sobrevenida de las circunstancias. El requisito de la ajenidad sí está presente en estos casos. Si el acreedor no alega la mora o el incumplimiento previo y esencial del deudor ante la alegación por parte de este de la alteración sobrevenida de las circunstancias, tácitamente está renunciado a los efectos favorables de ese incumplimiento.

El tercer y último requisito exigido para la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias es la no asunción del riesgo de ese cambio de circunstancias, de su resultado o de su magnitud. Si se exige, como creemos que debe exigirse, que el requisito de la imprevisibilidad razonable tenga carácter normativo, no cabe duda entonces de que la no asunción del riesgo como requisito puede solaparse con el requisito de la imprevisibilidad. Así, recuérdese, que la imprevisibilidad razonable exige que el riesgo del cambio de circunstancias y la excusa de la obligación del deudor pueda ser oponible al acreedor y que esa oponibilidad tenga su origen en la razonabilidad de la imprevisión del deudor o en la asunción común de las partes de que un riesgo efectivamente contemplado como posible no tendría lugar.

Con todo, la no asunción del riesgo del cambio de circunstancias tiene un ámbito de aplicación más amplio que el requisito de la imprevisibilidad. Adviértase que, por más que un cambio de circunstancias no fuera razonablemente previsible, las partes podrían haber expresamente excluido la aplicación del cambio de circunstancias en general o en específico para alguna tipología de sucesos (incluso imprevistos). Del mismo modo,

también es posible que, a partir de la interpretación de las cláusulas contractuales pactadas por las partes, se determine que el riesgo debe ser asumido por el deudor, bien porque haya algún elemento de aleatoriedad que solo afecte a la prestación del deudor, bien porque así se derive de la regulación legal del tipo de contrato de que se trate.

Imagínese, por ejemplo, que la cuantía de la prestación del deudor dependa de varios factores desconocidos y aleatorios expresamente contemplados en el contrato. Si el factor que finalmente provoca que la cuantía de la prestación sea más elevada de lo esperado no era de los contemplados por las partes, pero sí de la misma naturaleza, podría afirmarse que el deudor asumió el riesgo de la excesiva onerosidad (también podría, según el caso, entenderse que el factor acontecido era previsible). Del mismo modo, si en la regulación legal de un determinado tipo contractual se establece que el incremento del coste de la prestación o la pérdida de sentido del contrato es imputable a alguna de las partes y esta no incluyó ninguna cláusula que sustituyera dicha distribución subsidiaria del riesgo, no cabe duda de que dicha parte, a la que afecte la alteración, aceptó el riesgo del cambio de circunstancias ya contemplado legalmente⁸⁹⁹.

8.4 Consecuencias y remedios

En el supuesto en que se aprecien los requisitos exigidos para la aplicación de alguna de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias y así se solicite, el juez deberá resolver el contrato, ordenando la restitución de las prestaciones así como la indemnización de aquellos gastos incurridos por el acreedor en la preparación de su prestación. Los gastos a indemnizar en ningún caso pueden identificarse con el interés contractual positivo (el cumplimiento no es debido) ni tampoco pueden superar la barrera de lo previsible⁹⁰⁰. Además, el coste que la excusa del cumplimiento tiene para el deudor, a través de los gastos incurridos por el acreedor en la preparación de su propia prestación, no puede superar el coste del cumplimiento.

⁸⁹⁹ Así, por ejemplo, el art. 1593 CC parece impedir al contratista solicitar un aumento del precio estipulado sea cual sea la causa que haya supuesto el aumento del precio de los materiales utilizados.

⁹⁰⁰ Por supuesto, el art. 1107 CC resulta de aplicación a estos supuestos.

El deber de indemnización que nace para el acreedor tiene como base o fundamento, como cualquier otro deber de indemnización de carácter contractual, el incumplimiento de la obligación. Sin embargo, al ser ese incumplimiento inimputable, la indemnización de daños y perjuicios solo engloba aquellos daños cuyo resarcimiento es necesario para que pueda considerarse que la doctrina o doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida de las circunstancias tienen carácter neutro. La inimputabilidad en la alteración provoca la excusa del cumplimiento y la excusa del cumplimiento provoca a su vez que el deudor no deba indemnizar los daños causados al acreedor como consecuencia de tal incumplimiento. No es responsable el deudor de los daños causados al acreedor ante la falta de cumplimiento, pero tampoco puede el acreedor ser sancionado o penalizado aplicándosele una consecuencia distinta de la propia falta de cumplimiento.

Atendiendo a que la falta de cumplimiento de la obligación del acreedor solo se explica ante la excusa de la obligación del deudor, no cabe duda de que el deudor debe indemnizar aquellos gastos en los que el acreedor haya incurrido en la preparación de su prestación (así como los beneficios que se le hayan podido atribuir y que no sean restituibles⁹⁰¹). Esa indemnización es el precio a pagar por el deudor para la excusa de su prestación y el único medio de considerar neutras las doctrinas relacionadas con el cambio en las circunstancias. No reconocer ese deber de indemnización supondría atribuir al acreedor el coste de un incumplimiento que ni le es imputable ni le favorece.

Igual que la indemnización de la que acabamos de tratar, la resolución del contrato ante la alteración sobrevenida de las circunstancias también se basa en el incumplimiento del deudor. Ese incumplimiento, inimputable y hasta legítimo, provoca que la obligación del acreedor quede sin causa y no deba ser cumplida, debiendo por ello resolverse el contrato. Las prestaciones ya cumplidas, en la medida en que tengan su causa en la contraprestación que ha sido excusada, deben ser restituidas. En cambio, si el contrato es uno de prestaciones divisibles y la alteración solo afecta a parte de esas prestaciones, en la medida en que este siga siendo un ente dotado de sentido, la resolución solo afectará a estas prestaciones y no a todo el contrato.

⁹⁰¹ Por ejemplo, a través de los bienes o derechos que, como producto de la resolución, deben ser restituidos al acreedor.

Con anterioridad a la resolución contractual, parece recomendable que se imponga a las partes un deber de renegociación según los mandatos de la buena fe. La negativa de la parte que pretende la excusa el cumplimiento a renegociar el contrato o su renegociación de mala fe podría conllevar la imposibilidad de aplicar la doctrina relacionada con el cambio de circunstancias. Por su parte, la negativa del acreedor a renegociar el contrato o su renegociación de mala fe debería conllevar algún tipo de compensación para el deudor. Esa compensación podría consistir en la imposibilidad de ver resarcidos los gastos incurridos por el acreedor en la preparación del cumplimiento de su propia prestación. Sea como sea, en cualquier caso, ante la falta de regulación del deber de renegociación en nuestro ordenamiento, parece que el juez no puede imponer este deber a las partes ni derivar de su incumplimiento consecuencia alguna. Si no existe el deber de contratar, tampoco el de renegociar, por muy recomendable que resulte esta renegociación.

A nuestro juicio, la adaptación judicial del contrato no es una buena opción ante la alteración sobrevenida de las circunstancias. Como producto del consentimiento de las partes, ni el contrato ni las obligaciones que de él dimanen pueden tener origen en una decisión judicial. Además, al contrario de lo que ocurre con la resolución contractual (que las partes pueden evitar a través de un acuerdo), la adaptación del contrato por parte del juez es siempre una solución imprevisible. Por todo ello, a lo sumo, la adaptación judicial del contrato solo podría contemplarse como un remedio a la alteración sobrevenida en aquellos supuestos en que las partes lo hayan contemplado de antemano, obligándose así ante la posible adaptación del contrato por parte del juez en el supuesto en que aconteciera un cambio de circunstancias imprevisto.

En el supuesto en que la obligación contractual del deudor no pueda ser cumplida por los medios pactados pero sí por cualquiera otros medios equivalentes, el juez debe valorar hasta qué punto resultaba esencial el cumplimiento por el medio pactado. Si el uso de ese medio no resultaba esencial (o no al menos para el acreedor), el deudor deberá cumplir con su prestación a través de cualquier otro medio, siempre que ello no suponga a su vez la excesiva onerosidad de la prestación. Esa obligación de cumplimiento no deriva de la adaptación judicial del contrato por parte del juez, sino de la exclusión de la aplicación de las doctrinas relacionadas con la alteración sobrevenida a través de la interpretación contractual. Nótese que el juez no podrá indicar cuál es el medio de

cumplimiento por el que debe optar el deudor, sino tan solo que el cumplimiento no puede ser excusado al resultar aún exigible, aunque a través de un medio de cumplimiento distinto al inicialmente previsto.

También resulta plausible, a nuestro juicio, la posibilidad de que en supuestos en que el resultado de la alteración sobrevenida (manifestado a través de la excesiva onerosidad o la frustración del propósito contractual) solo sea temporal, el juez suspenda el cumplimiento de las obligaciones hasta que se conozca con certeza el alcance de la alteración. Por supuesto, la suspensión del contrato solo es una opción cuando, por sí misma, según cómo estén configuradas las obligaciones, no suponga su frustración definitiva. Nótese como esta actuación, a pesar de constituir *stricto sensu* una modificación del contrato, no supone en ningún caso una modificación sustancial de las prestaciones ni una sustitución de las partes a la hora de contratar y de definir las prestaciones. Es esa, precisamente, la razón de su admisibilidad.

9. CONCLUSIONES

Primera: El principio *pacta sunt servanda* o de vinculación contractual no solo abarca (y obliga al) el cumplimiento *in natura* del contrato sino también (a) todas aquellas consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento. El principio de la autonomía de la voluntad no puede identificarse sin más con lo dispuesto en el art. 1255 CC, ni tampoco con el cumplimiento de aquellos pactos específicamente alcanzados por las partes. El consentimiento contractual y el principio *pacta sunt servanda* no constituyen, por sí mismos, fundamentos adecuados para la explicación y solución a los problemas relacionados con la alteración sobrevenida de las circunstancias.

Segunda: El principio de vinculación contractual sí obliga a aceptar los riesgos o alteraciones que hayan sido expresamente asumidos o que debieron ser asumidos a pesar de su no contemplación expresa en el contrato. La determinación sobre el deber de las partes de asumir un riesgo no previsto debe evaluarse caso a caso en función de los siguientes elementos: (a) el régimen supletorio o dispositivo del tipo contractual utilizado; (b) las circunstancias de las partes y (c) la tipología y caracteres del riesgo acontecido en relación con las circunstancias concurrentes (tanto de las partes como de otro tipo). El principio de vinculación contractual no obliga a asumir, en cambio, aquellos riesgos que razonablemente no debieron ser asumidos por las partes y que afecten a algún elemento estructural del contrato distinto al elemento del consentimiento.

Tercera: La imposibilidad es un supuesto específico de la categoría más amplia de la inexigibilidad de la prestación. La imposibilidad sobrevenida de la prestación como excusa al cumplimiento requiere de los siguientes elementos: (a) la definitiva imposibilidad física o jurídica del cumplimiento “*in natura*” tal como este fue configurado por las partes y (b) la total inimputabilidad del deudor en la causación de la imposibilidad. La imposibilidad sobrevenida y el resto de figuras englobables en la categoría de la inexigibilidad sobrevenida de la prestación (por cuestiones no relacionadas con la validez del contrato) comparten un mismo fundamento: la no asunción del riesgo contractual causado por el cambio de circunstancias. Las diferencias más significativas entre la imposibilidad y otras formas de inexigibilidad sobrevenida por cuestiones ajenas a la validez del contrato son, de un lado, el reconocimiento legal de la imposibilidad como

excusa al cumplimiento (frente a la no tipificación del resto de supuestos) y, de otro lado, el fenómeno que provoca la alteración de las circunstancias: la imposibilidad de cumplir en un caso (imposibilidad de la prestación) y la dificultad excesiva o pérdida de sentido del contrato, pero no la imposibilidad de cumplir, en los otros supuestos (excesiva onerosidad o frustración de la finalidad del contrato).

Cuarta: Todos los supuestos de inexigibilidad sobrevenida de la prestación ante el cambio de circunstancias deben suponer la frustración total y definitiva del contrato. Los supuestos de imposibilidad sobrevenida, de excesiva onerosidad y de frustración de la finalidad contractual implican todos ellos, en sentido amplio, la frustración del contrato.

Quinta: La inexigibilidad de las obligaciones contractuales por causas sobrevenidas distintas de la imposibilidad tiene su origen en el elemento de la causa. La causa del contrato se configura desde una doble perspectiva, objetiva y subjetiva y, por ello, la alteración sobrevenida puede desconfigurar el contrato tanto desde un punto de vista objetivo (excesiva onerosidad) como subjetivo (frustración de la finalidad contractual).

Sexta: La alteración de las circunstancias supone siempre, en sentido amplio, un error de las partes. Ese error consiste bien en la creencia de que un determinado acontecimiento, que finalmente sí acontece, no ocurriría, o bien en la falta de consciencia sobre la posibilidad de que un determinado suceso acontezca. La diferencia principal con la doctrina clásica del error como vicio del consentimiento estriba en el tiempo en el que el error se produce. El error en sede de alteración sobrevenida de las circunstancias no es lo que determina que la partes consintieran el contrato (de ahí que no suponga un vicio del consentimiento). El error de previsión determina la pérdida de sentido del contrato y solo se descubre y pasa a tener importancia, sobrevenidamente; antes es posible que las partes ni siquiera se hayan percatado de su existencia. Tanto el error como la alteración sobrevenida de las circunstancias son en sentido amplio un problema de reparto del riesgo contractual entre las partes. Ambas figuras comparten también la necesidad de que puedan ser oponibles frente a la contraparte. La excusabilidad como requisito de aplicación del error debe traducirse, en sede de alteración sobrevenida de las circunstancias, en la ajenidad de la alteración (incluyendo en el concepto de ajenidad la ausencia de un deber

de previsión y la no asunción del riesgo materializado). Un mismo fenómeno puede dar lugar a la anulación del contrato como vicio del consentimiento o a su ineficacia sobrevenida ante una alteración sobrevenida de las circunstancias. Ello dependerá de que la circunstancia en cuestión ya existiera en el momento de contratar o que surgiera a posteriori (así como de que se cumplan los requisitos de una y otra figura).

Séptima: Ni la exoneración del cumplimiento ni la exoneración de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de cumplimiento dependen en exclusiva de la culpabilidad del deudor. Tampoco basta con la demostración de que el deudor ha actuado sin culpa para que se le exonere de su deber de cumplir o de indemnizar los daños y perjuicios causados. El concepto clave no es el de culpa sino el de inimputabilidad o ajenidad. La inimputabilidad debe medirse en atención al tipo de obligación y riesgo asumido por el deudor. Ese riesgo, en función del tipo de obligación ante la que nos encontremos o por el deber de asunción de riesgos de las partes, puede provocar la responsabilidad del deudor incluso aunque su actuación no pueda ser calificada como culpable o negligente. Para medir la inimputabilidad del deudor ante la inexigibilidad de la prestación por causas sobrevenidas distintas a la imposibilidad se deben aplicar las mismas presunciones y normas acerca de la carga de la prueba que se aplican a los supuestos de imposibilidad de la prestación (arts. 1096 y 1183 CC por ejemplo).

Octava: Las partes deben asumir aquellos riesgos que no les resultan ajenos. La ajenidad debe medirse en función del control del riesgo asumido o que debía asumir el deudor ante el cambio de circunstancias. La ajenidad implica que el cambio de circunstancias y su resultado no hayan sido causado o agravado por las partes, pero también que de otro modo no pueda imputárseles el suceso o efecto acontecido. La excusa al cumplimiento consistente en la dificultad económica o en la falta de sentido de la prestación exige la total inimputabilidad en el marco de la relación contractual por parte de quien alega la doctrina. Es necesario que el deudor no haya incumplido su obligación previamente al cambio de circunstancias, salvo que dicho incumplimiento sea totalmente ajeno a los efectos causados. La imputabilidad o deber de asumir el riesgo del cambio de circunstancias por parte del deudor (falla el requisito de la ajenidad) hacen innecesario que se examinen el resto de requisitos exigidos para la aplicación de las doctrinas relativas al cambio de circunstancias (en particular, el elemento de la imprevisibilidad razonable). El art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de

obligaciones y contratos, al exigir no solo la imprevisibilidad del cambio de circunstancias, sino también que las partes no hayan asumido o deban (razonablemente) asumir el riesgo de que dichas circunstancias hayan cambiado, refleja fielmente el elemento de la ajenidad.

Novena: La doctrinas relativas a la alteración sobrevenida de las circunstancias no deben aplicarse en exclusiva a sucesos de carácter extraordinario. La extraordinariedad en el cambio de circunstancias no es utilizado por el TS como criterio decisivo en la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. El requisito de la extraordinariedad en el cambio de circunstancias, exigido tradicionalmente por el TS, no tiene autonomía frente al resto de requisitos. La exigencia del resto de requisitos (distintos de la extraordinariedad) implicará que las doctrinas se apliquen mayoritariamente a supuestos en los que realmente hayan acontecido factores extraordinarios pero no porque ello, la extraordinariedad o excepcionalidad, conforme un requisito sustantivo y autónomo al resto. La previsión de las partes no convierte la circunstancia extraordinaria en ordinaria. Lo extraordinario es todo aquello fuera de lo común (previsible o no); lo que en pocas o raras ocasiones se da, mientras que lo imprevisible se relaciona con aquello que podía o debía averiguarse o anticiparse. La exigencia de la extraordinariedad en el cambio de circunstancias impide la normalización o naturalización de las doctrinas en el marco de la teoría general del contrato.

Décima: La ejecución diferida en el tiempo, ya se trate de un contrato de tracto sucesivo o único, es un presupuesto indispensable para la aplicación de las doctrinas relacionadas con el cambio de circunstancias. La duración del contrato y el tiempo y modo en que sus obligaciones deben ser cumplidas resultan elementos de gran utilidad en la determinación de cuál ha sido el riesgo asumido. Si el contrato es de tracto único y de ejecución no muy diferida en el tiempo, el riesgo consistente en la alteración de circunstancias es mínimo por cuanto una vez ejecutada la prestación satisfactoriamente, no ha lugar a la aplicación de las doctrinas: el riesgo que antes afectaba al deber de cumplir o a la necesaria aceptación del cumplimiento se convierte en un riesgo tan solo atribuible al “propietario” de la prestación ya ejecutada. Cuanto mayor sea la distancia temporal entre la perfección y la ejecución del contrato, menor será la capacidad de previsión de las partes sobre los sucesos que puedan acontecer. En contratos de tracto sucesivo debe exigirse a las partes que razonablemente hayan previsto las posibles

interferencias entre el equilibrio de todas las prestaciones sucesivas y el cambio de circunstancias que se pudiera producir por el transcurso del tiempo.

Undécima: La imprevisibilidad absoluta y objetiva del factor que provoca el cambio de circunstancias o de sus consecuencias no debe ser un requisito para la aplicación de las doctrinas. A pesar de la exigencia formal de una imprevisibilidad radical para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, el TS, materialmente, relaciona este requisito con lo que las partes previeron o con lo que debieron prever y no con lo que resultaba objetivamente previsible. La imprevisibilidad radical y objetiva no suele ser nunca el criterio decisivo para que el TS rechace o admita la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*. Si la extraordinariedad del cambio de circunstancias no debe ser un requisito para la aplicación de las doctrinas, tampoco puede ni debe exigirse una imprevisibilidad en sentido objetivo y radical. Si la imprevisibilidad exigida es radical, no tendría sentido dudar acerca del requisito de lo extraordinario: las fronteras entre uno y otro concepto se difuminarían.

Duodécima: La imprevisión razonable de la alteración de circunstancias, de su magnitud o de sus consecuencias sí es un requisito para la aplicación de las doctrinas. El requisito de la imprevisibilidad razonable exige que las partes no hayan previsto un determinado evento sin que les resultara exigible tal previsión en función (i) de las circunstancias de las partes (su pericia o experiencia); (ii) del tipo de contrato de que se trate (en función del riesgo asignado legalmente a dicho contrato) (iii) del curso de las negociaciones entre las partes; (iv) de la confianza y relaciones previas entre los contratantes; así como (v) de las probabilidades de que el suceso finalmente acontecido se produjera en relación con las posibles consecuencias que en el momento de contratar se podían asignar a ese fenómeno en concreto. Lo razonable no es abstracto sino que depende de las circunstancias objetivas, aunque individualizables, de los contratantes y del negocio. La previsibilidad razonable de un determinado acontecimiento es el factor más trascendente a la hora de determinar si un riesgo fue o debió ser asumido por alguna de las partes. La previsibilidad razonable de un determinado factor provoca, además, que este no pueda considerarse ajeno para la parte que pretende la aplicación de las doctrinas relativas al cambio de circunstancias. Ello no implica, sin embargo, que ajenidad e imprevisibilidad razonable conformen un mismo requisito. Todo lo previsible razonablemente no puede considerarse ajeno, pero no todo lo que no es ajeno puede, por

ello, considerarse previsible. El requisito de la imprevisibilidad razonable se recoge de manera ejemplar en el art. 230-20.5 CCCat, al exigirse que las circunstancias sobrevenidas sean imprevistas y razonablemente imprevisibles. La pregunta clave para determinar si un determinado evento era imprevisible razonablemente es: ¿hasta qué punto la probabilidad del riesgo y sus efectos obligaban a las partes a protegerse frente a él?

Decimotercera: La imprevisibilidad razonable es un requisito de tipo normativo. Dado que el objetivo último al que se encamina la exigencia de este requisito es la averiguación de si un determinado riesgo debió ser asumido por las partes, lo que debe exigirse es la razonabilidad (o si se prefiere, la diligencia) del deudor en la no inclusión de una cláusula regulando el riesgo de que pudiera acontecer una determinada circunstancia. Ello implica que este requisito esté presente no solo cuando las partes efectivamente no previeron una determinada circunstancia sin que existiera el deber de preverla (V. anterior conclusión), sino también cuando, a pesar de la contemplación de un determinado suceso como posible (previsión), las partes razonablemente asumieron que no tendría lugar o que no era razonable protegerse frente a él (la imprevisión razonable incluye, según los casos, la asunción razonable de que un riesgo no se materializaría o que no resultaba eficiente asegurarse frente a él). En algunas ocasiones (muy pocas), subordinar la excusa del cumplimiento única y exclusivamente al elemento de la previsibilidad implicará penalizar a sujetos que no solo no han sido negligentes, sino a los que no puede exigírseles una mejor regulación de la distribución contractual de los riesgos. La imprevisibilidad razonable, en sentido normativo, exige que el riesgo del cambio de circunstancias y la excusa de la obligación del deudor pueda ser oponible al acreedor. Esa oponibilidad tiene su origen en la razonabilidad de la imprevisión del deudor o en la asunción común de las partes de que un riesgo efectivamente contemplado como posible no tendría lugar o no afectaría al contrato.

Decimocuarta: La excesiva onerosidad o frustración de la finalidad contractual no autorizan al deudor a suspender el cumplimiento. Ante la falta de acuerdo entre las partes, esa decisión solo puede ser acordada judicialmente. Si se autorizara a suspender el cumplimiento hasta que un tribunal declarase la aplicabilidad de las doctrinas, se estaría poniendo en riesgo la obligatoriedad del contrato.

Decimoquinta: La equivalencia mínima requerida por el art. 1274 CC debe permanecer inalterada desde la perfección del contrato hasta su completa ejecución salvo que las partes, de algún modo, directa o indirectamente, hayan aceptado el riesgo de que esa equivalencia pudiera desaparecer. La ruptura de la equivalencia de las prestaciones debido a una alteración sobrevenida de circunstancias supone un problema causal. Para medir la posible existencia de una excesiva onerosidad sobrevenida de la prestaciones debe partirse de la equivalencia subjetiva-inicial establecida por las partes y, a partir de ahí, mediante la interpretación del contrato, averiguar cuáles fueron los criterios que las partes tuvieron en consideración para establecer esa equivalencia. Averiguados esos criterios, debe valorarse si la excesiva onerosidad ha provocado un desequilibrio que también es excesivo desde un punto de vista causal. Partiendo de esa equivalencia inicial, a la hora de valorar si existe o no una excesiva onerosidad sobrevenida, debe considerarse si la retribución de la prestación supera su coste o valor (pues en caso contrario no hay verdadera equivalencia) y hasta qué punto la inexistencia de esa retribución suficiente no es atribuible a la parte en cuestión, por no prever (debiendo haberlo hecho) la posibilidad de que la prestación se tornara excesivamente onerosa.

Decimosexta: La frustración sobrevenida de la finalidad contractual es un problema causal provocado por la imposibilidad de conseguir el propósito del contrato. La finalidad contractual puede definirse como aquel propósito compartido (no necesariamente común) y especial (atípico), reconocido por las partes como tal, y sin el cual ambas saben y admiten que el contrato no tendría sentido. La introducción de una finalidad o propósito contractual implica la subordinación del cumplimiento de las prestaciones frente al cumplimiento del propósito. La ausencia de condición expresa no implica que el contrato no pueda tener una finalidad subjetiva, distinta a los motivos y asimilable a la causa, que pueda afectar a su eficacia. Mientras que los motivos son ajenos a la estructura del contrato, la finalidad contractual participa plenamente de ella a través del elemento de la causa. Que la frustración de un determinado propósito provoca la pérdida de sentido del contrato y ello es oponible frente a la contraparte corresponde probarlo a la parte que pretende la aplicación de la doctrina. Ante la inexistencia de una causalización expresa, la prueba sobre la existencia y oponibilidad de una determinada finalidad deberá basarse en indicios en función de las circunstancias de las partes en el momento de contratar, así como en el conocimiento de esas circunstancias y de su importancia por la otra parte del contrato. Asumimos en este trabajo la existencia del

concepto de la finalidad o fin del contrato tal y como este se define en el art. 1213 del Proyecto de Modernización de Código Civil en materia de obligaciones y contratos.

Decimoséptima: La neutralidad es una idea básica a la hora de determinar las consecuencias derivadas de la aplicación de las doctrinas relativas al cambio de circunstancias. Debe velarse porque la excusa del cumplimiento no perjudique al acreedor más allá de su deber de soportar que el deudor no cumpla con su prestación. La aplicación del criterio de la neutralidad a los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias implicará (i) que no deban cumplirse las prestaciones pendientes; (ii) que deban restituirse las ya ejecutadas si tenían como razón de ser o “causa” el cumplimiento de la contraparte y también, por último, (iii) que no deban restituirse aquellos pagos o prestaciones en la medida en que retribuyeran un “servicio” prestado. La idea de neutralidad también supone que el acreedor no pueda solicitar los daños generados por la falta de cumplimiento (interés contractual positivo), pero sí aquellos daños o gastos razonables incurridos en la preparación de su prestación o del contrato. Por último, la necesaria neutralidad implica la imposibilidad de alegar las doctrinas relativas al cambio de circunstancias con el fin de obtener un beneficio injustificado. Cualquier beneficio obtenido con anterioridad a la alteración de circunstancias debe ser restituido a la contraparte a no ser que se fundamente en una justa causa en Derecho. No reconocer este deber de indemnización del deudor supondría atribuir al acreedor el coste de un incumplimiento que ni le es imputable ni le favorece. El coste que la excusa del cumplimiento tiene para el deudor no puede superar el coste del cumplimiento.

Decimoctava: Algunas voces doctrinales y decisiones judiciales abogan por aplicar la idea de neutralidad a través de la adaptación judicial del contrato y de sus obligaciones. Sin embargo, la adaptación judicial del contrato pone en entredicho la consecuencia básica derivada de la aplicación de las doctrinas sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias: la excusa al cumplimiento. La solución basada en el ajuste del contrato es, además, una solución poco respetuosa con el principio de la autonomía de la voluntad, totalmente impredecible e insegura desde un punto de vista jurídico. La adaptación del contrato por parte del tribunal solo podrá aplicarse en aquellos supuestos en que las partes hayan pactado esa posible solución o cuando esta se derive inequívocamente de la interpretación del contrato. Como producto del consentimiento de

las partes, ni el contrato ni las obligaciones que de él dimanen pueden tener origen en una decisión judicial.

Decimonovena: La solución primaria al problema de la alteración sobrevenida pasa por la resolución del contrato ante el incumplimiento que supone la inexigibilidad de la prestación. Ese incumplimiento, inimputable y hasta legítimo, provoca que la obligación del acreedor quede sin causa y no deba ser cumplida, debiendo por ello resolverse el contrato. El art. 1124 CC, en su primer párrafo, solo exige que exista un incumplimiento, sin necesidad de que ese incumplimiento sea imputable y, por lo tanto, acoge en su seno todos los supuestos en que el deudor no cumple, bien porque no quiere, bien porque no puede o bien porque está legitimado para ello. Las prestaciones ya cumplidas, en la medida en que tengan su causa en la contraprestación que ha sido excusada, deben ser restituidas. En cambio, si el contrato es uno de prestaciones divisibles y la alteración solo afecta a parte de esas prestaciones, en la medida en que este siga siendo un ente dotado de sentido, la resolución solo afectará a estas prestaciones y no a todo el contrato. Junto con la resolución contractual, deben acordarse las medidas restitutorias e indemnizatorias ya especificadas en la conclusión Decimoséptima.

Vigésima: La imposición a las partes de un deber de renegociar de buena fe el contrato podría configurarse como una de las posibles soluciones ante el problema de la alteración sobrevenida de las circunstancias. El deber de renegociar podría configurarse como un requisito previo para solicitar ante el juez otro tipo de acciones. Además, si las partes, injustificadamente, no se avinieran a negociar el contrato o finalizaran las negociaciones intempestivamente deberían indemnizar los daños y perjuicios generados como consecuencia del incumplimiento del deber de renegociar de buena fe, sin que esos daños puedan identificarse con lo dejado de percibir o de ganar con el contrato originario. Los daños deberían consistir en los gastos incurridos durante la negociación cuando esta se haya llevado de mala fe, o incluso (podrían consistir) en la pérdida de oportunidades de negocio por el hecho de estar negociando un contrato que de antemano la parte incumplidora sabía que no consentiría. Este deber de renegociar el contrato entronca extraordinariamente bien con las doctrinas que relacionan el cambio de circunstancias con el principio de la buena fe contractual y el principio de conservación del contrato. La imposición de un deber de renegociación también parte del respeto absoluto a una idea de contrato basada en el consentimiento prestado libremente.

10. CONCLUSIONS

First, application of the *pacta sunt servanda* principle not only forces the obligor to fulfil his contractual duty (specific performance), but it also forces the obligor to assume all consequences that may derive from a breach of contract. The freedom to contract cannot simply be identified with the content of article 1255 CC, nor with a specific performance. The contractual consent/will and the *pacta sunt servanda* principle do not by themselves constitute adequate grounds for the explanation of and solution to the issues related to an unexpected change of circumstances.

Second, by virtue of the *pacta sunt servanda* principle, the parties to a contract must accept the consequences of those risks and change of circumstances that have specifically been assumed or that should have been contemplated when the contract was made. The duty to assume the consequences of an unforeseen risk must be evaluated case by case taking into consideration the following criteria: a) the default rules applicable to the particular kind of contract/business; b) the circumstances surrounding the contractual parties; and c) the kind of risk that occurred and its relationship to the circumstances surrounding the parties and the course of business. Nevertheless, the *pacta sunt servanda* principle does not force the parties to assume those risks that could not reasonably be foreseen if the risks affect a structural element of the contract other than contractual consent.

Third, impossibility to perform the contract is only one of the cases in which contractual duty is not due (unenforceability). In order to excuse contractual duty, the supervening impossibility must fulfil the following requirements: a) the specific performance of the contract must not be possible; and b) the contractual duty must have become impossible to fulfil without fault of the obligor. All doctrines related to the problem of unexpected change of circumstances (including the doctrine of impossibility) share the same basis or foundation. That is, the parties have not assumed the risk constituting of the change of circumstances. The main differences between impossibility and other doctrines related to the problem of unexpected change of circumstances are: a) the impossibility is expressly admitted by Spanish law as a way of excusing contractual duties; and b) the consequences caused by the change in circumstances are different

(while the impossibility makes contractual performance impossible, the other doctrines related to the change in circumstances –frustration and impracticability— render the fulfillment senseless or very difficult from an economic perspective).

Fourth, application of all doctrines related to the problem of an unexpected change in circumstances (unenforceability) requires the total and definitive frustration of the contract. Application of the doctrines of impossibility, impracticability and frustration of the contractual purpose implies the total frustration of the contract in a broad sense.

Fifth, the unenforceability of contractual duties derived from a change in circumstances has its foundation and explanation in the cause of the contract (“*causa del contrato*”). The cause is configured from a double perspective: objective and subjective, so an unexpected change in circumstances may also affect the contract from a double perspective: objective (impracticability or hardship) and subjective (frustration of the contractual purpose).

Sixth, an unexpected change in circumstances always involves a mistake in a broad sense. This mistake may stem from: i) the belief that an event that finally occurs will not occur; or ii) lack of awareness of the possible occurrence of an event that finally occurs. The main difference between the doctrines related to unexpected changes in circumstances and the classical doctrine of mistake resides in the moment in which the problem appears: either when the contract is made, or later. The mistake suffered by the parties to a contract when the circumstances suddenly change has nothing to do with the free will or consent of the parties when the contract was made. The foreseeability mistake determines the loss of sense of the contract in a supervening way. The mistake of the parties about the circumstances that existed when the contract was made and the problem related to the unexpected change in circumstances are both risk assumption problems. Both types of mistake may also be alleged against both parties to the contract. To excuse a contractual duty, the mistake suffered in relation to the unexpected change in circumstances cannot be objectionable (if the parties who suffered the foreseeability mistake could foresee or assume the risk consisting in the unexpected change in the circumstances, then the foreseeability mistake is objectionable). The same event may result in the nullity of the contract or in excusing the obligor’s duty depending on the type of mistake suffered (a mistake concerning the circumstances that existed when the

contract was made or a mistake about the possible change in circumstances – foreseeability mistake—).

Seventh, exoneration from fulfillment of the contractual duty or from the duty to compensate damages does not depend solely on the obligor's fault. Nor is it enough to show that the obligor has not acted negligently in order to liberate him from his contractual duties. The key concept is not fault but non-attributability. This concept must be analysed taking into consideration the kind of contract and the contractual duty and risk assumed by the obligor. This risk may derive in the obligor's liability even if he has not acted negligently. The same rules and presumptions on the burden of proof applicable to impossibility cases must also be applied to cases involving other types of unexpected change in circumstances (for instance, sections 1096 and 1183 Spanish Civil Code).

Eighth, the parties to a contract must assume all risks that are not alien or external to them or to the contract. To determine whether a risk is alien to the parties it has to be considered which was the risk that was assumed or that should have been assumed by the parties. In order to consider that a risk is alien, it is necessary that the parties have not caused or aggravated the change in circumstances or its result. It is also essential that the change in the circumstances or its result cannot be otherwise attributed to the parties. Excuse of contractual duty on the grounds of the doctrine of impracticability and frustration requires that the parties have not breached the contract before the change in circumstances, except if the breach of contract is not related in any way to the change in circumstances or its result. If the risk related to the change in circumstances is attributable to the obligor, it is not even necessary to examine whether the remaining requirements to apply the doctrines are met (particularly reasonable unforeseeability). Section 1213 of the proposal to modernise the Spanish Civil Code in matters of contracts accurately reflects the need that the risk of the change in circumstances be alien or external to the parties. In order to apply section 1213, it is necessary not only that the parties have not reasonably foreseen the possible change in circumstances or its result, but also that the parties have not assumed or should not have assumed the risk consisting of a possible change in circumstances.

Ninth, the doctrines based on unexpected change of circumstances should not apply exclusively to extraordinary events. An extraordinary event as required by the

Spanish Supreme Court in order to apply the *rebus sic stantibus* doctrine is never a decisive criterion for solving cases in which this doctrine is alleged. This requirement is not autonomous from the other requisites needed to apply the doctrine. Application of those requisites other than extraordinariness implies that the unexpected change in circumstances doctrines apply mainly to cases where an extraordinary event has occurred. Nevertheless, it does not mean that extraordinariness must be an autonomous requirement to apply these doctrines. The foreseeability of an event by the parties to a contract does not change the nature of an extraordinary circumstance, making it ordinary. An extraordinary event may be defined as an event that hardly ever occurs or that is unusual (foreseeable or not). On the other hand, a reasonably foreseeable event is related to what the parties should have anticipated when they made the contract. Requiring the occurrence of an extraordinary event to apply the doctrines based on unexpected change in circumstances prevents normalisation or naturalisation of these doctrines in the framework of contract law.

Tenth, the doctrines based on unexpected changes in circumstances can only be applied to contracts that have to be performed in the future. These contracts could be a durational contract or one for whose duties have to be performed at a different moment to when the contract is made. The contract duration and the way in which its duties have to be performed are essential in order to determine what the risk assumed by the parties has been. If the contract is not a durational one and the moment when it has to be performed is not very far away in time, the risk regarding a change in circumstances is minimal. Once the contractual duty is satisfactorily performed, the doctrines cannot be applied: the risk of a possible impracticability or frustration becomes at that moment a risk attributable to the “owner” of the already performed duty. If the contract is a durational contract or the contractual duty has to be performed at a time far in the future, the parties’ capacity to foresee the events that may occur and affect the contract is lower. At the same time, when the contract is durational, the parties must have foreseen the possible interferences that a change in circumstances could provoke.

Eleventh, unforeseeability as a requisite to apply the doctrines of impracticability and frustration does not necessarily have to be absolute or objective. Despite the fact that the Spanish Supreme Court formally demands a radical, objective and total unforeseeability in order to apply the *rebus sic stantibus* doctrine, this requisite is actually

related to what the parties foresaw or should have foreseen. Additionally, the objective and radical unforeseeability is hardly ever the decisive criterion that provokes the Spanish Supreme Court into rejecting or admitting application of the *rebus sic stantibus* doctrine. If, as already stated, the extraordinariness of the change in circumstances does not constitute a requisite to apply the doctrines based on the unexpected change in circumstances, there is also no reason to require a total and radical unforeseeability of this change; otherwise, the boundaries between unforeseeability and extraordinariness would not be clear.

Twelfth, the reasonable unforeseeability of a change of circumstances or of its results is a requisite to apply the doctrines based on the unexpected change in circumstances. The requisite of the reasonable unforeseeability implies that the parties have not foreseen an event and that the foreseeability of that event could not be required taking into consideration the following factors: i) the parties' circumstances (including their experience and skills); ii) the type of contract (depending on the risk legally assigned to that type of contract); iii) the course of the pre-contractual negotiation; iv) the previous relationship between the parties (whether contractual or not); and v) the probabilities that the event the parties did not foresee would occur in relation to the consequences that the parties could have thought the event may have. What is reasonably foreseeable depends on objective factors that are also related to the specific circumstances of the parties or the contract. The reasonable foreseeability requisite is the most transcendental factor in order to determine whether a change in circumstances was or should have been foreseen by the parties. If it can be determined that a specific event was reasonably foreseeable, it cannot be argued that the consequences of that event are not attributable to the parties. The reasonable foreseeability requisite is perfectly defined in article 230.25 of the Catalan Civil Code, which requires that the parties have not foreseen the change in circumstances but also that this unforeseeability was reasonable. The key question to determine whether a specific event or change in circumstances was reasonably foreseeable to the parties is: to what extent did the probability of the change in circumstances or of its effects force the parties to take measures to protect them against it when they made the contract?

Thirteenth, reasonable unforeseeability is a normative requisite. Reasonable foreseeability is related to the risks that should have been assumed by parties, so the non-inclusion of a clause regarding a specific risk must be qualified as reasonable or diligent.

For this reason, it may be said that this requirement is met not only when the parties did not specifically foresee a change of circumstances that should have been foreseen (see the previous conclusion) but also when a change in circumstances was contemplated as possible but the parties reasonably thought that it would not happen or that it was not necessary to take precautions against that risk (basic assumption). Always requiring that a change of circumstances or a specific risk has not been reasonably foreseen implies punishment of parties that have not been negligent when distributing the contractual risk. For this reason, the reasonable foreseeability requirement is met not only when the risk was not reasonably foreseen but also when the parties shared a basic assumption about the non-occurrence of an event that finally occurs. Only in these cases may the excuse of contractual duties based on a change of circumstances be opposed to the promisee.

Fourteenth, the impracticability (economic hardship) or the frustration of the contractual purpose does not allow the promisor to suspend the performance of his duty. This decision can only be taken by a court. If the parties could suspend performance of their contractual duties before a court decides whether the requirements of the alleged doctrine are met, it could not be said that contracts have to be fulfilled on their own terms.

Fifteenth, the minimum equivalence required by article 1274 CC must remain unaltered since the contract is made until it is fully performed. This rule may be excluded if the parties, implicitly or explicitly, have accepted the risk consisting of a possible change of circumstances. The rupture of the contractual duties' equivalence caused by a change of circumstances is a problem of "causa". In order to appreciate the impracticability (economic hardship), it must be analyzed which was the subjective equivalence established or wanted by the parties and also, by interpreting the contract, which criteria were used by the parties to establish equivalence among the contractual duties arising from the contract. Once these criteria are figured out, it must be decided whether the impracticability (economic hardship) has provoked an excessive causal imbalance ("causa"). In order to determine whether there is an excessive imbalance (impracticability/economic hardship), it must be considered whether the "price" to which the promisor is entitled is greater or lower than the cost or value of his own duty. Additionally, to what extent that imbalance is not attributable to the unreasonable unforeseeability of a given risk by the promisor must be analyzed.

Sixteenth, the unexpected frustration of the contract is a causal problem provoked by the impossibility of achieving the contractual purpose. The contractual purpose may be defined as a purpose shared by the parties (shared but not necessarily common) and special (different from the purpose assigned by law to the type of contract agreed). This purpose must have been recognised by the parties since both parties knew and accepted that the contract would be useless if its purpose could not be achieved. The existence of a contractual purpose implies that the fulfilment of the contractual duties is subordinate to the achievement of the purpose. The fact that the parties did not expressly agree on the purpose of the contract does not necessarily imply that the contract does not have a subjective purpose that may affect its efficacy. While the reasons to contract (“motivos”) are external to the structure of the contract, the contractual purpose is within the contractual structure through the “causa”. To what extent frustration of the contractual purpose renders the contract useless and whether or not this frustration may be opposed to the other party are elements that must be proved by the party alleging contractual frustration. These elements may be proved through presumptions based on the circumstances of the parties and their relationship and the knowledge about these circumstances that the parties had when they made the contract. In this paper, the existence of the element of contractual purpose is assumed as defined by article 1213 of the project to modernize the Spanish Civil Code on contract law.

Seventeenth, neutrality is a basic concept when determining the consequences derived from the application of the doctrines concerning an unexpected change of circumstances. The excuse of contractual duty cannot cause other damages to the obligee different from those damages consisting of not being entitled to the fulfilment of the contract. This idea of neutrality applied to the unexpected change of circumstances’ doctrines implies: i) that the contractual duties that have not been fulfilled are no longer due; ii) that the contractual duties already executed may be returned to the obligor if they have their “causa” (consideration) in the duty that is no longer due; and iii) that the payments or duties performed that have a different cause (consideration) do not have to be returned. The concept of neutrality also implies the inability of the obligor to ask for compensation based on a breach of contract. The only compensation the obligor may ask for is investments in the preparation of his own contractual duty. Last, the idea of neutrality also impedes alleging the doctrines based on an unexpected change of circumstances in order to receive an unjust enrichment/compensation. For this reason,

any benefit received before the change of circumstances may be returned to the counterparty if it does not have a different consideration. The cost of excusing the contractual duty cannot be greater than the cost of performing that duty.

Eighteenth, some scholars and courts in their decisions consider that the best way of applying the concept of neutrality passes by the court's adapting the contract and its duties. Nevertheless, the judicial adaptation of the contract may contradict the typical consequence of applying the doctrines based on an unexpected change of circumstances: the contractual duties' excuse. Additionally, the judicial adaptation of the contract is against the concept of contract law based on the free will and autonomy of the parties. This solution is also unpredictable. Thus, the judicial adaptation of the contract could only be applied when the parties have agreed to let the court adapt the contract or when this solution may be derived from the interpretation of the contract. The contract cannot have its origin in a court decision; only in the parties' agreement.

Nineteenth, the primary, or most basic, solution to problems related to unexpected changes in circumstances passes by contractual resolution ("resolución contractual"). Excuse of contractual duty may be qualified as a breach of contract even if it is not attributable to the obligor. This breach of contract means that the obligee's duty loses its consideration ("causa"). This is the reason why this duty does not have to be fulfilled. Section 1124 of the Spanish Civil Code, in its first paragraph, requires the existence of a breach of contract but not necessarily one that is attributable ("imputable") to the obligor. Therefore, section 1124 of the Spanish Civil Code solves every case in which a breach of contract exists regardless of the reason why there has been a breach of contract. By virtue of the application of article 1124, the already performed duties must be returned if they have their cause in the duty of the counterparty ("consideration"). Nevertheless, if the contract has several and divisible duties and the change of circumstances affects only some of these duties (not the entire contract), then article 1124 of the Spanish Civil Code (restitution-resolution) applies only to the duties affected by the unexpected change in circumstances. Additionally to the application of article 1124 of the Spanish Civil Code, the measures already stated in the seventeenth conclusion may also be applied.

Twentieth, imposing a duty to renegotiate the contract in good faith may be a good way of solving problems and cases related to unexpected changes in circumstances.

This duty to renegotiate the contract could be configured as a previous requirement before asking the judge for other kinds of solution such as excuse of contractual duties. If one of the parties does not even try to renegotiate the contract or renegotiates it in bad faith, this party should compensate any damages caused by not fulfilling this duty to renegotiate the contract in good faith. The damages to compensate for breaching the duty to renegotiate the contract cannot be identified with the damages caused by not performing the contract. The compensation for not renegotiating the contract in good faith may consist of the costs incurred during the negotiation by the counterparty or even the lack of opportunities suffered by the party negotiating in good faith during the negotiating process. The duty to renegotiate the contract is linked with the contractual principles of good faith and conservation of the contract (“principio de conservación del contrato”). This duty to renegotiate is also respectful of the concept of contract based on the parties’ free will and autonomy.

11. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Unificación del derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*. Barcelona: Ed. Bosch, 2011.

— *IL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO*. Coordinado por G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti y P. Zatti. Milán: Ed. CEDAM, 2009.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil. Vol. II: Derecho de obligaciones*. 13ª Ed. Madrid: Edisofer, 2008.

— *Derecho Civil. T. II: Derecho de obligaciones*. Puesta al día con la colaboración de Fernando Reglero. Barcelona: Bosch, 2002.

— *Derecho Civil II: La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. 14 ed. Barcelona: Bosch, 1996.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la propuesta”, en AA.VV.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinado por Mª Luisa Palazón Garrido y Mª del Mar Méndez Serrano. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 15 a 25.

— “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”. *ADC*: tomo LV, fasc. III, julio-septiembre 2002, pp. 1133 a 1228.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: “Problemas de la alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato en la unificación del derecho europeo”, en AA.VV.: *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*. Editado por Juan Miguel Ossorio Serrano. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2005, pp. 53 a 61.

ALPA, G.: “La causa”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. III: I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*. Dirigido por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín (Italia): UTET, 1999, pp.1807 a 1907.

— *Istituzioni di Diritto Privato*. 2ª Ed. Turín: UTET, 1997.

ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*. Madrid: Montecorvo, 1972.

— “El error sobre la causa”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas. T.III*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1969, pp.9 a 77.

ÁLVAREZ LATA, N.: “La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?”. Notas con ocasión de la SAP (Sección 19ª) de 6 de febrero de 2012 (JUR 2012/109064). *Revista Cesco de Derecho de Consumo*: nº 4/2012, pp. 99 a 117 (disponible en www.revista.ucim.es/index.php/cesco)

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Granada: Comares, 1986.

AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the Law Second. Contracts. Pamphlet no. 3*. 2ª ed. St. Paul (Minnesota): American Law Institute Publishers, 1981.

— *Restatement of the Law Second. Contracts. Pamphlet no. 2*. 2ª ed. St. Paul (Minnesota): American Law Institute Publishers, 1981.

— *Uniform Commercial Code: 1972 Official Text. With Comments*. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1972.

AMES, J. B.: “Two theories of consideration”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 320 a 342.

— “Parol Contracts prior to Assumpsit”. *Harvard Law Review*: Vol. 8, 1894, pp. 252 a 264.

— “The History of Assumpsit (Part 1)”. *Harvard Law Review*: Vol. 1, 1888, pp. 1 a 18.

— “The History of Assumpsit (Part 2)”. *Harvard Law Review*: Vol. 1, 1888, pp. 53 a 70.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

ANDERSON A.: *A Selection mainly of American Cases of the twentieth century on the LAW OF CONTRACTS*. Chicago: 1961.

ANDERSON, R.A.: *Social forces and the Law*. Cincinnati (Ohio): South-Western Publishing Company, 1969.

ANDERSON, R.A., POMEROY, D.A. y KUMPF, W.A.: *Business Law*. Cincinnati (Ohio): South-Western Publishing Company, 1952.

APPLEBEY, G.: *Contract Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

ARNAU RAVENTÓS, L.: “La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL”. *ADC*: t. LXVI. fasc. III, 2013, pp. 1279 a 1296.

ARRECHEDERRA ARANZADI, L.I.: *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*. Madrid: Montecorvo, 1978.

ATYIAH, P.S.: “Judicial Techniques and the Law of Contract”, en AA.VV.: *Essays on Contract*. Nueva York: Oxford University Press, 1990, pp. 244 a 274.

— *An Introduction to the Law of Contracts*. Editado por H. L. A. Hart. Londres: Oxford University Press, 1961.

AUVERNY-BENNETOT, J.: *La Théorie de l'imprévision*. París: Sirey, 1938.

AYRES, I. y GERTNER, R.: "Filling Gaps In Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules". *Yale Law Journal*: vol. 99, 1989, pp. 87 a 130.

BABB, H.W y MARTIN, C.: *Business Law: Revised and Enlarged Edition*. Nueva York: Barnes & Noble, Inc., 1964.

BADENES GASSET, R.: *El contrato de compraventa. T.I*. Barcelona: Librería Bosch, 1979.

— *El riesgo imprevisible (Influencia en la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)*. Barcelona: Bosch, 1946.

BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, 1987.

BARAONA GONZÁLEZ, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Dykinson, 1998.

BARNETT, R. E.: *Contracts: Cases and Doctrine*. 4ª Ed. Nueva York: Aspen Publishers, 2008.

— "What is the Relational Theory of Contract", en AA.VV: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, pp. 449 y ss.

BASEDOW, J.: "An EU Law for Cross-Border Sales Only – Its Meaning and implications in Open Markets", en AA. VV.: *Liber Amicorum Ole Lando*. Copenhagen: Djof Publishing, 2012, pp. 27 a 44.

BATLLE, M.: “La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos”. *Anales de la Universidad de Murcia*: curso 1944-1945, pp. 385 a 395.

BEATSON, J.: “Increased Expense and Frustration”., en AA.VV.: *Consensus Ad Idem: Essays on the Law of Contract*. Editado por F.D. Rose. Londres: Sweet & Maxwell, pp. 121 a 141.

BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J.: *Anson’s Law of Contract*. 29ª Ed. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

BELL, J.: “The Effects of Changes in Circumstances on Long-Term Contracts: English report”., en AA.VV.: *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*. Editado por Donald Harris y Denis Tallon. Nueva York: Oxford University Press, 1989, pp. 195 a 220.

BELLO JANEIRO, D.: “Sentencia de 6 de noviembre de 1992. Modificación judicial del contrato por alteración extraordinaria e imprevisible de sus circunstancias básicas: cláusula *rebus sic stantibus*; doctrina de la base del negocio. Contrato de cesión de arrendamiento”. *CCJC*: nº 30, 1992, pp. 1009 a 1024.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

BERMAN, H.J.: “Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade”. *Columbia Law Review*: vol. 63, diciembre-1963, pp. 1413 a 1439.

BESSONE, M.: *Adempimento e rischio contrattuale*. Milán: Giuffrè, 1969.

BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*. Traducido por A. Martín Pérez. Granada: Comares, 2000.

BIANCA, C. M.: *Diritto civile. T. V: La responsabilità*. Milán: 1994

— *Diritto Civile. T. III.: Il Contratto*. Milán: Giuffrè, 1984.

BIGG, W.W. y THOMPSON, J.H.: *Ranking, Spicer & Pegler's Mercantile Law incorporating Partnership Law and The Law of Arbitration & Awards*. 12ª Ed. Londres: Hfl Publishers, 1966.

BINEVA V.: "Change of Circumstances", en ANTONIOLLI, L. y FIORENTINI, F. (Ed.): *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*. Munich: Ed. Sellier. European law publishers, 2011, pp. 77 a 97.

BIRMINGHAM, R.L.: "Why is There Taylor v. Caldwell?: Three Propositions About Impracticability". *University of San Francisco Law Review*: vol. 23, 1988-1989, pp. 379 a 397.

— "A Second Look at the Suez Canal cases: Excuse for Nonperformance of Contractual Obligations in the Light of Economic Theory". *Hastings Law Journal*: vol. 20, 1969, pp. 1393 a 1416.

BORRELL SOLER, A.M.: *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*. Barcelona: Bosch, 1954.

BORRIE, G.J.: *Stevens and Borrie's Elements of Mercantile Law*. 16ª Ed. Londres: Butterworths, 1973.

BOSHKOFF, D.G.: *Sum & Substance of Contracts*. The Center for Creative Educational Services, 1984.

BRADGATE, R.: "Formation of Contracts", en AA.VV.: *The Law of Contracts*. 2ª Ed. Editada por Michael Furmston. Londres: Lexis Nexis UK, 2003, pp. 121 a 141.

BRANCOS NÚÑEZ, E.: "Els pactes sucesoris en el Llibre IV del Codi Civil de Catalunya". *RJC*: (2009-4), pp. 953 a 982.

BUADES FELIU, J.: “Estando así las cosas. *Rebus sic stantibus*”. *Diario La Ley*: nº. 8430, sección tribuna, noviembre 2014, año XXXV, 6 pp.

BUCKLAND, W.W.: “Casus and frustration in Roman and Common Law”. *Harvard Law Review*: vol. 46, junio-1933, pp. 1281 a 1290.

BURBY, W.E.: *Law Refresher: Contracts*. 3ª Ed. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1963.

BUSTO LAGO, J. M.: “Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla “*rebus sic stantibus*”. *CCJC*: 94, enero-abril 2014, pp. 99 a 120.

— “Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*, frustración de las expectativas del comprador. *CCJC*: nº 93, septiembre-diciembre 2013, pp. 579 a 595.

— “¿Cabe aplicar “*rebus sic stantibus*” en un contrato de compraventa como contrato de tracto único?”, en AA.VV.: *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz. T. II*. Dirigido por Ángel Carrasco Perera. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pp. 1723 a 1733.

BUSTOS VALDIVIA, I.: *La suspensión del pago del precio en la compraventa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CAFAGGI, F.: “CESL and Pre-contractual Liability: From a Status to a Transaction-Based Approach?” *Common market law review*: vol. 50, nº extra 1, 2013, pp. 311 a 329.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Moderación de la pena y aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la compraventa inmobiliaria”. *Actualidad Civil*: nº 1, enero-2014, pp. 86 a 97.

CANDIL, F.: *La cláusula rebus sic stantibus (Estudio de derecho español)*. Madrid: Escelicer, 1946.

CARNEVALI, U.: “La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. L’ambito di applicazione”, en AA.VV.: *Istituzioni di Diritto Privato*. 17ª Ed. Milán: G. Giappichelli Editore, 2011, pp. 742 a 744

CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.

— “Comentario a la STS de 19 de abril de 1985”. *C.C.J.C.*: nº 8, enero-marzo, 1985, pp. 2581 a 2588.

CARTER, J.: “Termination by Frustration”, en AA.VV.: *The Law of Contracts*. 2ª Ed. Editada por Michael Furmston. Londres: Lexis Nexis UK, 2003, pp. 1377 y ss.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. T. II. Vol. II*. Madrid: Reus, 1984.

— *Derecho Civil español común y foral. T. III: Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. 3ª Ed. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero. Madrid: Reus, 1983.

CASTILLA BAREA, M.: “Resolución de contrato de compraventa de fincas adjudicadas en pública subasta por incumplimiento basado en motivos urbanísticos. El incumplimiento imputable, la frustración del fin del negocio, la desaparición sobrevenida de la causa del contrato y los motivos causalizados como posibles causas de la resolución contractual”. *CCJC*: nº 75, septiembre-diciembre 2007, pp. 1127 a 1554.

— *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2001.

CHANCE, E.W.: *Chance's Principles of Mercantile Law*. 20ª Ed. Editado por John Westwood. Londres: Donnington Press, 1973.

CHARLESWORTH, J.: *Charlesworth's Mercantile Law*. 11ª Ed. Editado por Clive M. Schmitthoff y David A.G. Sarre. Londres: Stevens & Sons, 1967.

CHIN-WISHART, M.: *Contract Law*. 2ª Ed. Nueva York: Oxford University Press, 2008.

CHINÉ, G. y ZOPPINI, A.: *Manuale di Diritto Civile*. 2ª Ed. Coordinado por Marco Fratini. Roma: Nel diritto Editore, 2011.

CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: “Comentarios a los arts. 1467 a 1469 del Código Civil italiano”, en AA.VV.: *Comentario breve al Codice Civile*. Milán: Cedam, 1997, pp. 1380 y ss.

CIRIELLI, S.E.: “Eccesiva onerosità sopravvenuta della prestazione contrattuale”, en AA.VV.: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. I Precedenti. La formazione giurisprudenziale del Diritto Civile. T. II*. Milán: Utet, 2000, pp. 792 a 817.

CLARK, JR. W.L., THROCKMORTON, A.H. y BRIGHTMAN, A.C.: *Handbook of the Law of Contracts*. 4ª Ed. St. Paul (Minnesota): West Publishing Company, 1931.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: *La causa del contrato*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1998.

— “Comentario al art. 1274 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, pp. 519 y ss.

— “Comentario al art. 1275 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, pp. 519 y ss.

CLEMENTE MEORO, M.E.: “La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española”. *Boletín del Ministerio de Justicia*: año LXV, núm. 2131, mayo 2011, 16 pp.

— *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

COGLIOLO, P.: “La cosi detta clausola “rebus sic stantibus” e la teoría dei presupposti”, en AA.VV.: *Scritti varii di diritto privato*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, pp. 424 y ss.

COHEN, M. R.: “The Basis of Contract” en AA.VV: *A Contracts Anthology*. 2ª Ed. Editada y comentada por Peter Linzer Anderson Publishing: 1995, pp. 55 a 70.

COING: *Derecho privado europeo*. T. I. Madrid: 1996.

COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil. T. III: Teoría general de las obligaciones*. Traducido por Demófilo de Buen. Madrid: Reus, 1924.

CONWAY, P.R.: *Outline of the Law of Contracts*. Nueva York: Harmon Publications, 1939.

COPPOLA, A.J.: *The Law of Business Contracts*. Totowa (New Jersey): Littlefield, Adams & Co, 1968.

CORBIN, A.L.: “Frustration of Contract in the United States of America”. *Journal of Comparative Legislation and International Law*: serie 3ª, vol. 29, nº ¾, 1947, pp. 1 a 8.

— “Recent Developments in the Law of Contracts”. *Harvard Law Review*: vol. 50, 1937, pp. 449 a 475.

— “Discharge of contracts”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 1165 a 1178.

— “Supervening impossibility of performing conditions precedent”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 970 a 976.

COSTIGAN, G.P., Jr.: *The performance of contracts*. Berkeley (California): *California Law Review*, 1927.

CUNEO, G.A. y CROWELL, E.H.: “Impossibility of Performance –Assumption of Risk or Act of Submission”. *Law & Contemporary Problems*: vol. 29, primavera-1964, pp. 531 a 551.

D’ANGELO, A.: “La buona fede e l’esecuzione del contratto”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. IV: Effetti, Invalidità e risoluzione del contratto. T. II*. Dirigido por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín: Utet, 1991, pp. 759 a 805.

DABIN, J.: *La teoría de la causa*. Traducido por Francisco De Perlsmaeker. Adaptada al derecho español por Bonet Ramón. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1929.

DAVIES, F.R.: *Contract*. 2ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1973.

DAWSON, J. P.: “Judicial revision of frustrated contracts: The United States”. *Boston University Law Review*: vol. 64, enero-1984, 25 pp (consultado en *Lexis Nexis*).

DAWSON, J.P., HARVEY, W.B y HENDERSON, S.D: *Cases and comments on contracts*. 5ª Ed. Mineola (Nueva York): The Foundation Press, 1987.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Compraventa civil. Resolución. Objeto de la compraventa (finca vendida como solar edificable) que pierde esta condición. Consecuencias jurídicas de esta modificación sustancial que afecta al objeto del contrato y lo convierte en inhábil para la finalidad pretendida, con la consiguiente frustración del fin del contrato”. *CCJC*: nº 88, enero-abril 2012, pp. 335 a 349.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985.

— *Tratado práctico y crítico de derecho civil. T. X: El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de estudios jurídicos, 1967

DE COSSIO, M.: *Frustraciones y desequilibrios contractuales*. Granada: Comares, 1994.

DE GEEST, G.: “Specific Performance, Damages and Unforeseen Contingencies”, en LAROUCHE P. y CHIRICO, F (Ed.): *Economic Analysis of the DCFR*. Munich: Sellier. European law publishers, 2010, pp. 123 a 132.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “Meditaciones sobre la causa: a propósito del libro de Tomás Zumalacárregui, Causa y abstracción causal en el derecho civil español. *RCDI*: 1978, II, pp. 637 a 693.

DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “Crisis económica y cláusula rebus sic stantibus: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 (RJ 2013, 1819)”. *RarDPatr*: nº 32, septiembre-diciembre 2013, pp. 353 a 379.

DE LOS MOZOS, J.L.: *El principio de de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*. Barcelona: Bosch, 1963.

DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil. Vol. II: Derecho de obligaciones.- Derecho de familia. Derecho hereditario*. Madrid: Editorial Reus, 1931.

DECLERCQ, P.J.M.: “Modern analysis of the legal effect of force majeure clauses in situations of commercial impracticability”. *The Journal of Law and Commerce*: vol. 15, otoño-1995, pp. 213 y ss.

DELFINI, F.: *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milán: Giuffrè editore, 1999.

DELMAS-SAINT-HILAIRE, J.P.: “L’adaptation du contrat aux circonstances économiques”. en AA.VV.: *La tendance a la stabilité du rapport contractuel*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960, pp. 189 a 235.

DEL POZO CARRASCOSA, P.: “Capítulo 34: Pactos sucesorios en Cataluña”, en *Tratado de Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Dirigido por M^a del Carmen Gete Alonso y Calera y Coordinado por Jodith Solé Resina. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2011, pp. 1367 a 1396.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VÁQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

DESANTES GUANTER, J.M.: “Una reeleccion sobre la causa”. *ADC*: t. VIII, fasc. I, enero-marzo, 1955, pp. 523 a 534.

DIAMOND, A.L. ET ALLI: *Sutton and Shannon on Contracts*. 7^a Ed. Londres: Butterworths, 1970.

DÍAZ CRUZ, M (JR): “La cláusula “rebus sic stantibus” en el derecho privado”. *RGLJ*: año XCI, t. XI (179 de la colección), 1946, pp. 530 a 553.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I.: “Antecedentes y fundamento de la cláusula “rebus sic stantibus”. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*: n° 1, 1996, pp. 71 a 90.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L: “La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (Una presentación)”. *Boletín del Ministerio de Justicia*: núm 2130, abril 2011, 10 pp.

— *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 2: Las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2008.

— *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. 1: Introducción. Teoría del contrato*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2007 .

— *Los incumplimientos resolutorios*. Cizur Menor (Navarra): Civitas (Aranzadi), 2005.

— “Doctrina del enriquecimiento injustificado”., en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 1 y ss.

— *Estudios sobre la jurisprudencia civil. Vol. I*. Madrid: Tecnos, 1981.

— “El concepto de causa en el negocio jurídico”. *ADC*: t. XVI, fasc. I, enero-marzo, 1963, pp. 3 a 32.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. II: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 9ª Ed. Madrid: Tecnos, 2001.

DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, A. M.: *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Ed. Civitas, 2002.

DIKSTRA, G.O. y DIKSTRA, L.G.: *Business Law: Text and Cases*. 2ª Ed. Nueva York: Pitman Publishing Corporation, 1958.

DISTASO, N.: *I Contratti in generale. T. II*. Turín: UTET, 1966.

DIXON, A.: *An Introduction to Mercantile and Commercial Law*. Londres: Heinemann, 1969.

DORAL GARCÍA, J.A.: “La concepción del contrato en el derecho europeo y su proyección en la Propuesta de Modernización”, en AA.VV.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinado por M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 108 a 154.

DUALDE GÓMEZ, J.: “De la cláusula rebus sic stantibus (relatividad contractual)”, en AA.VV.: *Temas varios de derecho público y privado: conferencias del cursillo del año 1942*. Barcelona: Colegio norarial de Barcelona, 1942, pp. 25 y ss.

DUESENBERG, R.W.: “Contract Impracticability: Courts Begin to Shape 2-615”. *The Business Lawyer*: vol. 32, nº 3, abril-1977, pp. 1089 a 1101.

DUSI, B.: “Sulla Clausola “Rebus Sic Stantibus””, en AA.VV.: *Scritti Giuridici. Vol. I*. Turín: G. Giappichelli Editore, 1956, pp. 579 a 589.

ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *Los contratos de juego y apuesta*. Barcelona: Bosch, 1996.

EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Comentario al art. 431-12”, en AA.VV.: *Comentario al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a las sucessions. Vol. II*. Dirigido por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba y coordinado por Laura Alascio y Carrasco. Barcelona: Atelier, 2009, pp. 1114 y ss..

— “Comentario al art. 431-13”, en AA.VV.: *Comentario al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a las sucessions. Vol. II*. Dirigido por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba y coordinado por Laura Alascio y Carrasco. Barcelona: Atelier, 2009, pp. 1118 y ss.

— “Comentario al art. 431-14”, en AA.VV.: *Comentario al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a las successions. Vol. II*. Dirigido por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba y coordinado por Laura Alascio y Carrasco. Barcelona: Atelier, 2009, pp. 1123 y ss.

— “El nou règimen jurídic de la successió contractual”, *RJC*: (2009-1), pp. 9-58.

— “Protocolo familiar y pactos sucesorios: La proyectada reforma de los heredamientos”. *Indret*: julio, 2007, 36 pp.

— “Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo III: Derecho de familia*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2002, pp. 4552 a 4574.

EGUZQUIZA BALMASEDA, M. A.: “Comentario a la Ley 493”, en AA.VV.: *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil de Navarra*. Pamplona: Aranzadi, 2002, pp. 1664 a 1673.

EISENBERG, M.A.: “Where there is no law of relational contracts”, en AA.VV.: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, pp. 462 a 480.

— “Impossibility, impracticability, and frustration—Profesor Goldberg constructs an imaginary article, attributes to me, and then criticizes it”. *The Journal of Legal Analysis*: vol. 2, primavera-1983, pp. 383 y ss.

— “The Bargain principle and its limits”. *Harvard Law Review*: vol. 95, nº 4, 1982, pp. 741 a 801.

ELLIOT, C. y QUINN, F.: *Contract Law*. 3ª Ed. Harlow (Inglaterra): Longman, 2001.

ELOFSON, J.: “The dilemma of changed circumstances in contract law: An economic analysis of the foreseeability and superior risk bearer test. *Columbia journal of law and social problems*: vol. 30, otoño-1996, 24 pp (consultado en *Lexis Nexis*).

EMANUEL, S. y KNOWLES, S.: *Contracts*. New Rochelle (Nueva York): Emanuel law outlines, 1977.

ENNECCERUS, L. y LEHMAN, H.: “Derecho de resolución por razón de alteración de las circunstancias. Desaparición de la base del negocio”. Notas y traducción de Blas Pérez González y José Alguer. *RJC*: vol. XXXIX, año XXXIX. Barcelona: 1933, pp. 115 a 127.

ESPERT SANZ, V.: *La frustración del fin del contrato*, Madrid: Tecnos, 1968.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. y OLARIU, O.: “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”. *Indret*: enero, 2013, 32 pp.

FARNSWORTH, E. A.: *Farnsworth on Contracts*. 2ª Ed. Nueva York: Aspen Law & Business, 1998.

— “Disputes Over Omission in Contracts”. *Columbia Law Review*: vol. 68, nº 5, mayo-1968, pp. 860 a 891.

FEINMAN, J.M.: “Relational contract theory in context”, en AA.VV: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, pp. 450 a 462.

FERNANDES DE ALMEIDA, R.: *Alteración de circunstancias y revisión contractual*. Tesis doctoral dirigida por Eugenio Llamas Pombo. Universidad de Salamanca, 2011.

FERNÁNDEZ CANTOS, J.L.: “La resolución de los contratos por causa de incumplimiento (Requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1124)”. *RGLJ*: 1960, t. XLI, 209 de la colección, pp. 34 a 114.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a ÁNGELES: *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1998.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: *La modificación del contrato*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 1992.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Optando por la normativa común de compraventa europea”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*: nº 23, 2012, 21 pp. (disponible en www.reei.org).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: “La cláusula rebus sic stantibus” (Comentario a la sentencia de 17 de mayo de 1957)”. *ADC*: t. XI, fasc. IV, octubre-diciembre, 1958, pp. 1267 a 1275.

FERRER I RIBA, J.: “Comentarios a los art. 431-1 a 431-6”, en AA.VV.: *Comentario al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a las successions. Vol. II*. Dirigido por Joan Egea i Fernández y Josep Ferrer i Riba y coordinado por Laura Alascio y Carrasco. Barcelona: Atelier, 2009, pp. 1045 a 1091.

— “Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya”, en AA.VV.: *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitària, 2010, pp. 15 a 32.

FESSLER, D.W. y LOISEAUX, P.: *Contracts. Morality, economics and the marketplace. Cases and materials*. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1982.

FLUME, W.: *El negocio jurídico*. Traducido por Miquel González y Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FOGT, M.M.: “Private International Law Issues by Opt-out and Opt-in Instruments of Harmonization: A comparison between CISG and CESL”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Ole Lando*. Copenhagen: Djof Publishing, 2012, pp. 117 a 149.

FONCILLAS, J.M.: “La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos”. *RCDI*: t. VIII, 1932, pp. 669 a 680.

FONSECA, P.F y FONSECA, J.R.: *The Law of Modern Commercial Practices. Vol. I*. Eagan (Minnesota): 2011.

FRASCONA, J.L.: *C.P.A. Law Review Under the Uniform Commercial Code*. 3ª Ed. Homewood (Illinois): Richard D. Irwin, 1966.

FRUG, M. J.: “Rescuing Impossibility Doctrine: A Postmodern Feminist Analysis of Contract Law”. *University of Pennsylvania Law School*: vol. 140, enero-1992, pp. 1029 a 1047.

FULLER, L.L.: “Consideration and Form”. *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 799 a 824.

FULLER, L.L. y EISENBERG. M. A.: *Basic Contract Law*. 8ª Ed. St. Paul (Minnesota): Thomson/West, 2006.

FULLER, L.L. y PERDUE, W. R.: *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*. Traducido y comentado por José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1957.

—“The Reliance Interest in contract Damages”. *Yale Law Review*: vol. 46, 1936, pp. 52 a 96.

FURMSTON, M.P.: *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract*. 15ª Ed. Nueva York: Oxford University Press, 2007.

GABRIELLI, E.: *L'Eccessiva onerosità sopravvenuta*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2012.

— *Doctrina general del contrato. Vol. 1: El contrato y la operación económica*. Traducido por Carlos de Cores. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2009.

— “La risoluzione per eccessiva onerosità”, en AA.VV.: *I contratti in generale. T. II*. 2ª Ed. Turín: UTET, 2006, pp. 1809 a 1847.

— “Il rischio contrattuale”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. I: Il contratto e i fenomeni negoziali*. Dirigido por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín: Utet, 1991, pp. 623 a 663.

GALGANO, F.: *Corso di diritto civile. Il contratto*. Padova: Cedam, 2007.

— *El negocio jurídico*. Traducido por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

— *Diritto civile e commerciale. Vol. II: Le obbligazioni e li contratti. T. I: Obbligazioni in generale. Contratti in generale*. Padova: Cedam, 1990

GALLO, P.: *Contratto e buona fede: Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Milán: Utet Giuridica, 2009.

GARCÍA ABURUZA, Mª P.: “Ejecución hipotecaria y dación en pago en cláusula “Rebus Sic Stantibus”, en AA.VV.: *Ejecución hipotecaria. Solución a Tiempos de Conflicto*. Coordinado por Antonio Salas Carceller. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, pp. 105 a 121.

GARCÍA CARACUEL, M.: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*. Madrid: Dykinson, 2014.

GARCÍA PÉREZ, R. M.: “Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: La influencia del Derecho privado Europeo”., en AA.VV.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinado por M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 330 a 368.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de código Mercantil”. *Revista de Derecho Civil*: vol. I. núm. 1 (enero-marzo, 2014), 2014, pp. 7 a 27.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: “Presuposición y riesgo contractual: Introducción al estudio del riesgo contractual”. *ADC*: t. XL, fasc. III, abril –junio-1987, pp. 525 a 601.

GERGEN, M. P.: “A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts”. *Indiana Law Journal*: vol. 75, enero-1995, pp. 46 a 99.

GILLETTE, C.P.: “Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts”. *Minnesota Law Review*: vol. 69, febrero-1985, pp. 521 y ss.

GILMORE, G.: “The assignee of Contract Rights”. *Yale Law Journal*: Vol. 74, 1964, pp. 217 a 261.

— *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1974.

GINÉS CASTELLET, N.: “Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña”. *RCDI*: año LXXXVII, sept-oct, n° 727, pp. 2577 a 2620.

— “Los pactos en previsión de la ruptura matrimonial en el derecho civil de Cataluña: otorgamiento, contenido y eficacia”, en AA.VV: *La familia del siglo XXI: Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Núria Ginés Castellet. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 53 a 93.

— “Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación”. *Actualidad Civil*: nº 5, marzo-2011, pp. 508 a 562.

— “Algunas reflexiones sobre la causa en los pactos sucesorios en el nuevo Libro IV del Codi Civil de Catalunya”, en AA.VV.: *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitària, 2010, pp. 485 a 498.

GOLDBERG, V.P.: “Restitution rollout: the Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: after frustration: three cheers for *Chandler v. Webster*”. *Washington & Lee Law Review*: vol. 68, otoño-2011, pp. 1133 a 1169 (disponible en <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol68/iss3/12/>).

— “Excuse Doctrine: Eisenberg Uncertainty Principle”. *The Journal of Legal Analysis*: vol. II, primavera-2010, pp. 359 y ss.

— “Impossibility and Related Excuses”. *Journal of institutional and Theoretical Economics*: vol. 144, nº 1, febrero-1988, pp. 100 a 116.

— “Law, private governace and continuing relationship: relational contract: price adjustment in long-term contracts”. *Wisconsin law Review*: mayo/ junio-1985, pp. 527 y ss.

GOLDBERG, V. P. y ERICKSON, J. R.: “Quantity and Price Adjustment in Long-Term Contracts: A Case Study of Petroleum Coke”. *Journal of Law and Economics*: vol. 30, nº 2, octubre-1987, pp. 369 a 398.

GÓMEZ CALERO, J.: “La “prestación exorbitante” y su posible incidencia en la relación arrendaticia urbana”. *RDP*: octubre-1971, pp. 925 a 953.

GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia”. *ADC*: t. LXV, fasc. I, 2012, pp. 31 a 102.

GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: “Algunas consideraciones en torno a “rebus sic stantibus” en derecho interno e internacional”. *RDN*: Año XVI – Núm. LXVII, enero-marzo 1970, pp. 103 a 151.

GÓMEZ POMAR, F.: “Un nuevo Código”. *Indret*: septiembre-2013, 6 pp. (disponible en <http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/view/268261/355829>).

GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.: “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”. *Indret*: enero-2012, 27 pp. (disponible en http://www.indret.com/pdf/872_es.pdf).

GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “Comentario al art. 1184 CC,” en AA.VV. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales: T. XVI, Vol. I, 2ª Ed.* Dirigidos por Manuel Albaladejo y Sivia Díaz Alabart. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, pp. 343 y ss.

GORDLEY, J.: “Impossibility and Unexpected Circumstances”., en GORDLEY, J.: *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 336 a 351.

— “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”. *The American Journal of Comparative Law*: verano-2004, pp. 513 a 530.

— *The philosophical origins of modern contract doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 1991

GOTTSCHALK, R.: *Impossibility of performance in contract*. Londres: Steven & Sons, 1945.

GRANIERI, M.: *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milán: Giuffrè, 2007.

GRISMORE, G.C.: *Grismore on Contracts*. Edición revisada por John Edward Murray, Jr. Indianapolis/Kansas City/Nueva York: The Bobbs-Merril Company, 1965.

GRONDONA, M: *Diritto Dispositivo Contrattuale: Funzioni, Usi, Problemi*. Turín: G. Giappichello Editore, 2011.

GRUNDMAN, S.: “Costs and Benefits of an Optional European Sales Law (CESL)”. *Common market law review*: vol. 50, nº Extra 1, 2013, pp. 225 a 242.

GUEST, A.G.: “Implied Terms”, en AA. VV.: *Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles*. 29ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, pp. 773 y ss.

GUESTIN, J.: *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*. París: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario al art. 1790 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones formales. t. XXII, vol. I*. Madrid: Edersa, 1982, pp. 320 y ss.

HALPERN, S.W.: “Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for “the wisdom of Solomon”. *University of Pennsylvania Law Review*: vol. 135, junio-1987, pp. 1123 a 1178 (disponible en http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3961&context=penn_law_review)

HALSON, R.: *Contract Law*. Harlow (Inglaterra): Longman, 2001.

HARRISON, J.L.: “A Case for Loss Sharing”. *Southern California Law Review*: vol. 56, enero-1983, pp. 573 a 601.

HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Traducido por Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987

HAURIUO, M.: “La teoría del “riesgo imprevisible” y los contratos influidos por instituciones sociales”. *RDP*: T. XIII, enero-diciembre-1926, pp. 1 a 15.

HAVIGHURST, H.C: “Consideration, Ethics, and Administration”. *Columbia Law Review*, vol. 42, 1942, pp. 1 a 31.

HAYS, P. R.: “Formal Contracts and Consideration – A Legislative Program”. *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941 pp. 849 a 928.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas. T. III: Derecho de obligaciones*. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.

HILLMAN, R.: “The Future of Fault In Contract Law”. *Cornell Law School Resarch paper*: paper nº 12-34, 2012, 32 pp. (disponible en http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=clsops_papers).

— “Maybe Dick Speidel Was Right About Court Adjustment. *San Diego Law Review*: vol. 46, verano-2009, pp. 595 a 607 (disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1656&context=facpub9>).

— *Principles of Contract Law*. St. Paul (Minnessota): Thomson West, 2004.

— *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*. Dordrecht/Boston/Londres: Kluwer Academic Publishers, 1997.

— “Contract excuse and bankruptcy”. *Standford Law Review*: noviembre, 1990, 36 pp. (consultado en *Lexis Nexis*).

— “Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law”. *Duke Law Journal*: Vol. 1987, nº 1, febrero-1987, 33 pp. (disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2972&context=dlj>)

— “An analysis of the cessation of contractual relations”. *Cornell Law Review*: Vol. 68, junio-1983, pp. 617 a 659. (disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1683&context=facpub>)

— “Contract modification under the Restatement (Second) of Contracts”. *Cornell Law Review*: abril, 1982, pp. 680 a 703.

HILLMAN, R.A. y O’ROURKE, A.: “Rethinking Consideration in the Electronic Age”. *Hastings Law Journal*: vol. 61, diciembre-2009, pp. 311 y ss.

HOEBER, R.C. ET ALII: *Contemporary Business Law: Principles and Cases*. 3ª Ed. Nueva York: McGraw-Hill Book Company, 1986.

HOLMES, JR. O. W.: “The Path of the Law”. *Harvard Law Review*: vol. 10, 1897, pp. 457 y ss (disponible en <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>).

HULVEY, C.N.: *Commercial Law: Principles and Cases*. Nueva York: The Macmillan Comany, 1930.

HUMBLE, H.W.: *Contracts*. Nueva York: Harmon Publications, 1939.

HUNTER, H.O.: *Modern Law of Contracts*. Eagan (Minnessota): Thomson/West, 4ª Ed., 2007.

— *Modern Law of Contracts. Vol. II*. St. Paul (Minnessota): West, 2012.

IBBETSON, D.: “Absolute Liability in Contract: the Antecedents of *Paradine v. Jayne*”, en AA.VV.: *Consensus Ad Idem: Essays on the Law of Contract*. Editado por F.D. Rose, Londres: Sweet & Maxwell, 1996, pp. 3 a 37.

INFANTE RUIZ, F.J.: “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho Privado Europeo”. *InDret*: 2/2008, 44 pp. (disponible en http://www.indret.com/pdf/534_es.pdf)

— “Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: La necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución”. *RArDPatr*: 2002, 1, nº 8, pp. 153 a 171.

JACKSON, J. H. y BOLLINGER, L. C.: *Contract Law in Modern Society: Cases and Materials*. 2º Ed. St. Paul (Minnessota): West Publishing, 1980.

JORDANO BAREA, J.: “La causa en el sistema del Código Civil español”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 457 a 476.

— “Causa, motivo y fin del negocio: Comentario a la Sentencia de 30 de junio de 1948. *ADC*: 1949-I, pp. 779 a 757.

JORDANO FRAGA, F: “Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del código civil español”. *ADC*: t. XXXVIII, fasc. II, mayo-agosto, 1985 pp. 275 a 399.

— *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, 1987.

JOSKOW, P.L.: “Commercial impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case. *The Journal of Legal Studies*: vol. 6, 1977, pp. 119 a 176.

JOSSERAND, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado: teleología jurídica*. Traducido por Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr. Puebla (México): Cajica Jr., 1946.

KASTLEY, A. H., POST, D. W y HOM, S. K: *Contracting Law*. Durham (Carolina del Norte): Carolina Academic Press, 1996.

KEENAN, D.: *Smith and Keenan's Mercantile Law*. 6ª Ed. Londres: Pitman Publishing, 1985.

KEITH, A.B.: *Elements of the Law of Contracts*. Londres: Oxford University Press, 1931.

KESSLER, F. y GILMORE, G.: *Contracts: Cases and Materials*. 2ª Ed. Boston: Littler, Brown and Company, 1970.

KIM, N.: "Mistakes, changed circumstances and intent". *Kansas Law Review*: vol. 56, abril-2008, pp. 473 a 516.

KISER, D. J.: *Contracts*. Nueva York: The American Law Book, 1927.

KRONMAN, A.T.: "Disclosure, Information, and the Law of Contracts". *The Journal of Legal Studies*: vol. 7, nº 1, enero-1978, pp. 1 a 34.

KULL, A.: "Mistake, frustration, and the windfall principle of contract law". *Hasting Law Journal*: vol. 43, noviembre-1991, 37 pp. (consultado en *Lexis Nexis*).

LANDO, O y BEALE, H.: *Principles of European Contract Law: Parts I and II*. La Haya, Londres, Boston: Kluwer Law Internacional, 2000.

LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducido por Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

— *Derecho de obligaciones. T. I*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LARRONDO LIZARRAGA, J.: *El nuevo derecho sucesorio catalán: Análisis del Libro IV del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 2008.

LASARTE, C.: *Principios de derecho civil. T. II: Derecho de obligaciones*. 8ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2003.

LAWRENCE, L.: *Lawrence's Anderson on the Uniform Commercial Code. Vol. 4: 2-510 to 2-616*. 3ª Ed. Eagan (Minnesota): Thomson/West: 2006.

LAWSON, J. D.: *The Principles of the American Law of Contracts at Law and in Equity*. 3ª Ed. St. Louis: Thomas Law Book Company, 1923.

LEAKE, S.M.: *Principles of the Law of Contracts*. 8ª Ed. Editado por R.R.A. Londres: Steven and Sons, Walker, 1931.

LENEL, O.: “La cláusula “rebus sic stantibus”. Traducido por W. Roces. *RD*: julio-Agosto-1923, pp. 925 a 953.

LEONSEGUI GUILLOT, R.A.: “Contrato de opción y circunstancias sobrevenidas: tensión entre el principio de estabilidad y equidad contractual según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *RCDI*: año LXXXVIII, septiembre-octubre-2012, núm. 73, pp. 2892 a 2916.

LIEBERMAN, J.K. y SIEDEL, G.J.: *Business Law and the Legal Enviroment*. San Diego (California): Harcourt Barce Jovanovich, 1985.

LIGHT, H. R.: *The Legal Aspects of Business and General Principles of Law*. 6ª Ed. Londres: Sir Isaac Ptman & Sons, 1965.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del Artículo 1452 del Código Civil*. Madrid: Fundación Registral: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007.

LINZER, P.: “Uncontracts: Context, Contorts and the Relational Approach”. en AA.VV: *A Contracts Anthology*. 2ª Ed. Editada y comentada por Peter Linzer. Anderson Publishing: 1995, pp. 119 a 128.

LISERRE, A.: *Lezioni di Diritto Privato*. 2ª Ed. Milán: Giuffrè Editore, 2009.

LLAMAS POMBO, E.: “Comentario al art. 1091 CC”, en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. T.II: arts. 609 a 1314*. 2ª ed. Dirigido por Miguel Pasquau Liaño y Coordinado por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y Ana López Frías. Granada: Comares, 2009, pp. 1769 y ss.

LLEWELLYN, K.N: “On the Complexity of Consideration: A Forward. *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 777 a 782.

— “Common Law Reform of Consideration: Are there measures?” *Columbia Law Review*: Vol. 41, 1941, pp. 863 a 876.

LLUIS Y NAVAS BRUSI, J.: “La llamada cláusula rebus sic stantibus como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados”. *R.G.L.J*: t. XXXIII (201), 1956, pp. 370 a 434,.

LORD, R. A.: *Williston on Contracts*. Vol. 30. 4ª ed. Eagan (Minnesota): West, 2004.

LORD WRIGHT: “Ought of the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law”. *Harvard Law Review*: vol. 29, 1936, pp. 1225 a 1252.

LORENZEN, E. G.: “Causa and consideration in the law of contracts”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 565 a 588.

LUNA SERRANO, A.: “Los vicios del consentimiento contractual”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. ET ALLI.: *Elementos de Derecho civil. T. II: Derecho de obligaciones. Vol. I: Parte General. Teoría general del contrato*. 5ª Ed. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 364 a 380.

— “La autonomía privada”, en LACRUZ BERDEJO, J.L. ET ALLI.: *Elementos de Derecho Civil. T.I: Parte general. Vol. III: Derecho subjetivo. Negocio jurídico*. 3ª Ed. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 125 a 140.

LUSK, H.F: *Business Law: Principles and Cases. Uniform Commercial Code Edition*. Homewood (Illinois): 1966.

MACARIO, F.: “La risoluzione per eccessiva onerosità”, en AA.VV.: *Diritto Civile. Vol. III: Obbligazioni. T. II: I contratto in generale*. Dirigido por Nicoló Lipari y Pietro Rescigno y coordinado por Andrea Zoppini. Milán: Giuffrè Editore, 2009, pp. 1175 a 1243.

MACAULY, S, KIDWELL, J., WHITFORD, W. y GALANTER, M.: *Contracts: law in action*. Charlottesville (Virginia): The Michie Company, 1995.

MACINTYRE, W.: *Business Law*. 2ª Ed. Harlow (Inglaterra): 2005.

MACKAAY, E. y FABIEN, C.: “Civil Law and the fight against inflation—A legal and economic analysis of the Quebec case”. *Louisiana Law Review*: Vol. 44, enero-1984, pp. 450 a 462.

MACNEIL, I. R. y CAMPBELL, D : *The relational theory of contract : selected works of Ian MacNeil*. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

— “Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”. *Northestern University Law Review*: 72, 854, 1978, pp. 854 a 905.

MADRID PARRA, A.: “Cumplimiento del contrato”, en AA.VV.: *Comentario a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. 2ª Ed. Coordinado por Morán Bovio, M. A. Pamplona: Aranzadi, 2003, pp. 313 a 321.

MAGNUS, U.: “CSIG and CESL”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Ole Lando*. Copenhagen: Djof Publishing, 2012, pp. 225 a 255.

MAIELLO, P.: “Comentario a los arts. 1467 y 1468”, en AA.VV.: *Commentario al Codice Civile. Vol. IV: artt. 1173-1654*. Dirigido por Paolo Cendon. Turín: UTET, 1991, pp. 859 a 865.

MAJOR, W. T.: *The Law of Contract*. 4ª Ed. Londres: Macdonald & Evans, 1975.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentario al art. 1452 del código Civil” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil español. T. X.* Madrid: Reus, 1950, pp. 100 a 106.

MARCHETTI, P.: “The impact of the European Monetary Union on the Continuity of International Contracts”. *Suffolf Transational Law Review*: 23-355, invierno-1999, 21 pp. (consultado en *Lexis Nexis*).

MARTÍN BALLESTEROS COSTA, L.: *La manifiesta intención de obligarse y el derecho nuevo*. Madrid: Montecorvo, 1963.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo”. *Revista Jurídica de Navarra*: nº 30, 2000. pp. 47 a 59.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *ET ALII*: *Curso de Derecho Civil II: Derecho de Obligaciones*. Coordinado por Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz. Madrid, Colex, 2008.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el derecho catalán”. *RJC*: núm. 2-2011, pp. 345 a 370.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: “Confirmación de la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del TS en torno a la cláusula “rebus sic stantibus”. *Revista Aranzadi Doctrinal*: nº 2/2015, pp. 111 a 114.

— “La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el derecho comparado y en los textos internacionales”, en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 25 a 107.

— “La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales en el derecho español. La cláusula “rebus sic stantibus”., en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 109 a 147.

— “La excesiva onerosidad sobrevenida como presupuesto para la relevancia del cambio de circunstancias”., en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 149 a 199.

— “Las consecuencias derivadas de la excesiva onerosidad sobrevenida”., en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 201 a 245.

— “Riesgo negocial v. cláusula “rebus sic stantibus”. Comentario a las SSTs, 1º, 1.6.2010 y 21.7.2010”. *Indret*: 1/2011, enero-2011, 17 pp. (disponible en http://www.indret.com/pdf/803_es.pdf)

— “Arrendamiento de cosas: frustraciones del fin del negocio. Cláusula “rebus sic stantibus”. *CCJC*: nº 85, enero-abril 2011, pp. 486 a 488 .

— “La doctrina de la base del negocio en el Derecho alemán: Antecedentes y nueva regulación en el 313 BGB”. *RCDI*: año LXXX, núm. 681, enero-febrero-2004, pp. 283 a 328.

— “Relación entre el incumplimiento contractual y la cláusula “rebus sic stantibus” en el contrato de obra. Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4573)”. *RarDPatr*: nº 10, año 2003-1, pp. 135 a 142.

— *La alteración de las circunstancias contractuales: Un análisis jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 2003.

— “Nuevas tendencias del derecho contractual europeo”, en PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L. y REYES LÓPEZ, M.J. (Coord.): *Derecho Patrimonial Europeo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, pp. 241 a 266.

— “Derecho de superficie y cláusula rebus sic stantibus. Comentario a la STS de 20 febrero 2001 (RJ 2001, 1490)”. *RArDPatr*: 2002, 1, nº 8, pp. 211 a 218.

MASON, M.S.: “The Utility of Consideration – A Comparative View”. *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 825 a 862.

McELROY, R. G.: *Impossibility of performance: A treatise on the law of supervening impossibility of performance of contract, failure of consideration, and frustration*. Editado por Glanville L. Williams. Londres: Cambridge University Press, 1943.

McGOVERN, W. M: *Cases, Statutes and Readings on the LAW OF CONTRACTS*. The Bobbs-Merrill Company: 1980.

McKENDRICK, E. G.: “Discharge by Frustration”, en AA. VV.: *Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles*. 29ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, pp. 1312 y ss.

— “Frustration and Force Majeure – Their relationship and comparative assesment”, en AA.VV.: *Force Majeure and Frustration of Contract*. Editado por Ewan McKendrick. Londres: Lloyd’s of London Press Ltd., 1991, pp. 27 a 49.

— “The Consequences of Frustration – The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943”, en AA.VV.: *Force Majeure and Frustration of Contract*. Editado por Ewan McKendrick. Londres: Lloyd’s of London Press Ltd., 1991, pp. 51 a 71.

MELICH ORSINI, J.: “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”. *ADC*: 1984, nº 1-2, pp. 3 a 55.

MEMMO, D.: “La responsabilidad por incumplimiento contractual: El modelo alemán”, en AA.VV.: *Atlas de Derecho privado comparado*. Coordinado por Francesco Galgano y traducido por Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server. Madrid: Fundación cultural del notariado: 2000, pp. 216 a 225.

MERRITT, N. y CLAYTON, E.G.C.: *Business Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 1966.

MIQUEL, J.: “Una aportación al estudio del “error in substantia” en la compraventa”. *ADC*: t. XVI, fasc. I, enero-marzo-1989, pp. 79 a 99.

MIQUEL CALATAYUD, J.A.: “Consideraciones sobre el impago en la compraventa”. *RCDI*: 1985, año LXI, núm. 571, pp. 1499 a 1540.

MIRABELLI, G.: “Comentario a los arts. 1467 a 1469 del Código Civil italiano”., en AA.VV.: *Commentario del Codice Civile. Libro IV. T. II. Título II: Dei Contratti in Generale*. 2ª Ed. Turín: UTET, 1967, pp. 579 a 593.

MONTSERRAT VALERO, A.: “Pactos en previsión de una ruptura de la convivencia”., en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 401 a 408.

MORALES MORENO, A.M.: “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)”. *ADC*: t. XXXVI-fasc. III., octubre-diciembre, 1983, pp. 1529 a 1546.

MORAWETZ, V.: *Elements of the Law of Contracts*. New York: Columbia University Press, 1927.

MOSCO, L.: “Impossibilità sopravvenuta della prestazione”., en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto. Vol. XX*. Varese: Giuffrè, 1970, pp. 405 a 440.

MUNAR BERNAT, A.: “Sentencia de 10 de diciembre de 1990. Comunidad de regantes. Naturaleza jurídica. Comunidad de bienes. Cláusula *rebus sic stantibus*. Congruencia”. *CCJC*: nº 25, 1995, pp. 119 a 134.

MURPHY, E. J. y SPEIDEL R. E.: *Studies in Contract Law*. 4ª Ed. Westbury (Nueva York): Foundation Press, 1991.

MURRAY, JR, J. E.: *Murray on Contracts*. 3ª Ed. Charlottesville (Virginia): The Michie Company, 1990.

— *Cases and Materials on Contracts*. 2ª Ed. Indianapolis/Nueva York: The Bobbs-Merrill Company, Inc. Publishers, 1976.

NANNA, C. M.: *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*. Milán: Cedam, 2010.

NARASIMHAN, S.: “Of Expectations, Incomplete Contracting, and the Bargain Principle”. *California Law Review*: vol. 74, julio-1986, pp. 1123 a 1202.

NASARRE AZNAR, S.: “La compensación por razón de trabajo y la prestación compensatoria en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 233 a 300.

NEHF, J.P.: *Corbin on contracts: Vol. 14: Impossibility*. Newark (New Jersey)/San Francisco: Matthew Bender & Company, 2001.

NÚÑEZ LAGOS, R.: “Pago de lo indebido sin error”. *RGLJ*: 1946, t. XI, pp. 130 a 157.

OBERTO, G.: *La cause in materia di obbligazione*. Milán: Giuffrè Editore, 1994.

OERTMANN, P.: *Introducción al Derecho Civil*. Traducido por Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933.

O’GORMAN, D. P.: “Solomon and Strikes: Labor Activity, The Contract Doctrine of Impracticability of Performance, and Federal Labor Policy”. *Hofstra Labor & Employment Law Journal*: vol. 28, otoño-2010, pp. 47 a 105.

ORDUÑA MORENO, F. J.: “La moderna configuración de la doctrina “rebus sic stantibus”. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura”, en ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus (Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 247 a 314.

OSTAS, D. T. y DARR, F. P.: “Understanding Commercial Impracticability: Tempering Efficiency with Community Fairness Norms”. *Rutgers Law Journal*: vol. 27, invierno-1996, pp. 343 a 381.

PAGE, W. H.: “The development of the doctrine of impossibility of performance”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 979 a 998.

PANIZA FULLANA, A.: “Cambios económicos y sociales” y cláusula rebus sic stantibus”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*: nº 8/2012, 6 pp.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. *ADC*: t. XLIV, fasc. IV, octubre-diciembre-1993, pp. 1719 a 1746.

PARKINSON O. C.: “Excuse of performance by existence of condition causing unforeseen expense”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 977 y 978.

PARRY, D.H.: *The Sanctity of Contracts in English Law*. Londres: Stevens & Sons, 1959.

PASQUAU LIAÑO, M: “Comentario al art. 1258 CC”, en AA.VV.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. T.II: arts. 609 a 1314*. 2ª ed. Dirigido por Miguel Pasquau Liaño y Coordinado por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y Ana López Frías. Granada: Comares, 2009, pp. 67 y ss.

PATTERSON, E.W.: “An apology for Consideration”. *Columbia Law Review*: vol. 58, nº 7, 1958, pp. 929 a 963.

— “Constructive Conditions in Contracts. *Columbia Law Review*: vol. 42, 1942, pp. 903 a 954.

— “The Apportionment of Business Risks through Legal Devices”. *Columbia Law Review*: vol. 24, nº 4, abril-1924, pp. 335 a 359.

PATTERSON, E. W., GOBLE, G. W. y JONES, H. W.: *Contracts: Cases and Materials*. 4ª Ed. Nueva York: The Foundation Press, 1957.

PAUST, J. L., UPP, R. D. y SHERRY, J. E. H.: *Business Law*. 4ª Ed. St. Paul (Minnesota): West Publishing Company, 1984.

PAZOS CASTRO, R.: “La posible exoneración del deudor de sus obligaciones contractuales como consecuencia de la crisis económica. Comentario a las SSTs de 17 de enero y 18 de enero de 2013”. *Dereito*: vol. 23, nº 1, enero-junio 2013, pp. 139 a 160.

PEÑA: “Comentario a la sentencia de 23 de noviembre de 1962”. *ADC*: t. XVI, fasc. I, enero-marzo, 1963, pp. 561 y 562.

PÉREZ GURREA, R.: “La cláusula “rebus sic stantibus” en la contratación inmobiliaria. Su posible aplicación a los supuestos de compraventa de vivienda afectadas por la crisis económica a propósito de la sentencia del TS de 17 de enero de 2013”. *RCDI*: nº 740, año LXXXIX, noviembre-diciembre 2013, pp. 4216 a 4234.

PÉREZ SERRANO, N.: “La imposibilidad de la prestación, especialmente en la vida mercantil”. *Cuestiones actuales de derecho mercantil, monetario y tributario*: 1944, pp. 9 y ss.

PERILLO, J.M.: *Calamari and Perillo on contracts*. 5ª Ed. St. Paul (Minnessota): Thomson/West, 2003.

PERLINGIERI, P: “Nuovi profili del contratto”. *Riv. Crit. Dir. Priv.*: anno XIX, 2-3/2001, pp. 223 a 246.

PIETROBON, V.: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducido por Mariano Alonso Pérez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971.

PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado práctico de Derecho Civil francés. T. VI: Las obligaciones. Primera parte*. Traducido por Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural, 1927.

— *Tratado práctico de Derecho Civil francés. T. VI: Las obligaciones. Segunda parte*. Traducido por Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural, 1927

POINDEXTER, G. C.: “A Real Estate Focus: Impossible, Impracticable, or Just Expensive? Allocation of Expense of Ancillary Risk in the CMBS Market”. *The John Marshall Law Review*: vol. 36, primavera-2003, pp. 653 a 668.

POLINSKY, A. M.: “Fixed Price Versus Spot Price Contracts: A Study in Risk Allocation. *NBER WORKING PAPER SERIES*: working Paper No. 1817, enero-1986, 34 pp. (disponible en <http://www.nber.org/papers/w1817.pdf>).

POSNER, R. A: “Contracts as insurance”, en AA.VV: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed., editada y comentada por Randy E. Barnett. NuevaYork: Aspen, 2005, pp. 408 a 414.

— “The Law and Law Economics of Contract Interpretation”. *American Law & Economics Association Annual Meetings*: año 2005, *paper 56*, 52 pp (disponible en http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/540/).

POSNER, R. A. y ROSENFELD, A. M: “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An economic Analysis”. *Journal of Legal Studies*: vol. 6, nº 1, 1977, pp. 83 a 118.

PRANCE, N.R.: “Commercial Impracticability: A Textual & Economic Analysis of Section 2-615 of the Uniform Commercial Code”. *Indiana Law Review*: vol. 19, nº 2, 1986, pp. 457 a 476.

PRATDESABA I RICART, R.: “La successió contractual en el nou llibre IV del Codi Civil de Catalunya”, en AA.VV.: *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitària, 2010, pp. 151 a 180.

PRICE, J.: “The doctrine of frustration and leases”. *The Journal of Legal History*: vol. 10:1, 1989, pp. 90 a 109.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil. T. I. Vol. II: Derecho general de las obligaciones*. 4ª Ed. Barcelona: Bosch, 1988.

— *Fundamentos de Derecho Civil. T. II. Vol. I: Doctrina general del contrato*. 3ª Ed. Barcelona: Bosch, 1988.

PUIG I FERRIOL, LL. y ROCA I TRIAS, E: *Institucions del Dret Civil de Catalunya: Volum III. Dret de Successions*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

PUIG PEÑA, F. y QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “Cláusula *rebus sic stantibus*”, en AA.VV.: *Nueva Enciclopedia Jurídica. T. IV*. Dirigida por Buenaventura Pellisé Prats. Madrid: Editorial Francisco Seix, 1981, pp. 198 a 208.

QUADRI, E.: “Le obbligazioni pecuniarie”, en AA.VV.: *Trattato di Diritto Privato. Vol. 9: Obbligazioni e contratti. T. I*. Dirigido por Pietro Rescigno. Turín: UTET, 1984, pp. 464 a 469.

QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, en AA.VV.: *Tratado de contratos. T. I: concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato*. Coordinado por Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1213 a 1400.

RAUH, T.: “CAPITAL MARKET: “Legal Consequences of force Majeure Under German, Swiss, English and United States’ Law”. *Denver Journal of International Law and Policy*: vol. 25, otoño-1996, pp. 151 y ss.

REAR, J.: *The Law of Contracts*. Londres: Sweet & Maxwell, 1963.

REBOLLEDO VARELA, A.L.: “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código civil de Cataluña)”, en AA.VV: *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias. Tomo I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008, pp. 735 a 755.

REDING, V.: “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo”. Traducido por Ariadna Aguilera Rull y Albert Azagra Malo. *Indret*: Barcelona, abril-2011, 8 pp. (disponible en http://www.indret.com/pdf/824_es.pdf).

REEDER III, R. W.: “Court-Imposed Modifications: Supplementing the All-or-Nothing Approach to Discharge Cases”. *Ohio State Law Journal*: 44-1079, otoño-1983, pp. 1079 a 1102.

REICH, N. y MICKLITZ, H.W.: “The Commission proposal of a regulation for an optional “Common European Sales Law” – Too broad or not broad enough?”. *Eu Working Law Papers*: No 2012/04, febrero-2012, pp. 379 a 384.

REITZ, C.R.: *Cases and materials on contracts as basic commercial law*. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1975.

RICCIO, A.: *Eccessiva onerosità. Libro quarto: Obbligazioni art. 1467-1469*. Dentro de la colección Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca. A cargo de Francesco Galgano. Bolonia/Roma: Zanichelli Editore Bologna/Il Foro italiano Roma, 2010.

RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ªed. París: Libraire de Droit et de Jurisprudence, 1949.

RIVERO ORTIZ, R.: “De nuevo la cláusula rebus sic stantibus y su brusco giro jurisprudencial”. *Diario La Ley*: nº. 8439, sección tribuna, diciembre-2014, año XXXV, 6 pp.

ROBB, G. G. G. y BROOKES, J. P.: *An outline of the Law of Contract and Tort*. 4ª Ed. Londres: The Estates Gazette: 1970.

ROBERTS, T.: “Commercial Impossibility and Frustration of Purpose: A Critical Analysis”. *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*: vol. 16, enero-2003, pp. 129 y ss.

ROBERTS, G. y MAJOR, W. T.: *Commercial and Industrial Law*. Londres: Macdonald & Evans, 1967.

ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, A.: “La inflación ante el derecho”. *Revista de Derecho Mercantil*: marzo-abril, 1951, pp. 181 a 226.

ROCA SASTRE R. M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de derecho privado. Vol. I: Obligaciones y contratos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El ámbito de aplicación del Reglamento de Derecho Común Europeo de Ventas (CESL)”. en AA.VV.: *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz. T. I*. Dirigido por Ángel Carrasco Perera. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pp. 261 a 271.

ROGERS, A.: “Frustration and Estoppel”. en AA.VV.: *Force Majeure and Frustration of Contract*. Editado por Ewan McKendrick. Londres: 1991, pp. 73 a 81.

ROHWER, C.D. y SKROCKI, A.M.: *Contracts in a nutshell*. 6ª Ed. St. Paul: Thomson/West, 2006.

ROPPO, V.: *Il contratto*. Milán: Giuffrè: 2011.

— *Istituzioni di Diritto Privato*. Bologna: Monduzzi Editore, 1994

— “La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta”. en AA.VV.: *Casi e questioni di diritto privato. Vol. V: Obbligazioni e contratti*. Dirigido por Mario Bessone. 7ª Ed. Milán: Giuffrè Editore, 1993, pp. 163 a 183.

ROSETT, A.: *Contract law and its applicartion*. 5ª Ed. Westbury (Nueva York): The Foundation Press, 1991.

RUBINO, D.: “Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità”. en AA.VV. *Studi Giuridici*. Milán: Giuffrè Editore, 1970, pp. 251 a 269.

SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato: la situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español”. Barcelona: *Indret*, enero-2013, 36 pp. (disponible en <http://www.indret.com/pdf/953.pdf>)

SALMOND, J y WILLIAM, J.: *Principles of the Law of Contracts*. Londres: Sweet & Maxwell, 1945.

SALVADOR CODERCH, P.: “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”. *Indret*: octubre-2009, 60 pp.

— “Comentario al art. 79” en AA.VV. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la convención de Viena*. Coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Madrid: Civitas, 1998, pp. 635 a 656.

SÁNCHEZ DEL VALLE, J.: “Sugerencias a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*”. *RCDI*: año XXX, núm. 308, enero 1954, pp. 262 a 270.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P.: “Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula “rebus sic stantibus”. *AC*: núm. 29, julio-1990, pp. 429 a 452.

SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: “La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos”, en AA.VV.: *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Dirigido por Klaus Jochen Albiez Dohrmann y coordinado por M^a Luisa Palazón Garrido y M^a del Mar Méndez Serrano. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 155 a 166.

— “La frustración del contrato”. , en AA.VV: *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Editado por Sixto Sánchez Lorenzo. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pp. 1377 a 1438.

— “La frustración del contrato en el Derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*: vol. XX, año 2005, pp. 45 a 88.

SÁNCHEZ MARTÍN, C.: “La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala primera el 17 de enero de 2013”. *Diario La Ley*: sección Tribuna, 7 mayo 2013, año XXXIV.

SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil. T. IV: Derecho de obligaciones (Derecho de la contratación)*. Madrid: Est. Tip. sucesores de Rivadeneyra, 1899.

SANCHO REBULLIDA, F.: “La prestación”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. *ET ALII.: Elementos de Derecho civil. T. II: Derecho de obligaciones. Vol. I: Parte General. Teoría general del contrato*. 5ª Ed. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 49 y ss.

— “Notas sobre la causa de la obligación”. *RGLJ*: 1971, II, pp. 661 a 681.

SAN MIGUEL PRADERA, L.P.: “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”. *ADC*: t. LV, fasc. III, julio-septiembre-2002, pp. 1115 a 1132.

SAWADA, J. T: *Subsequent Conduct and Supervening Events: A Study of Two Selected Problems in Contract Jurisprudence*. Tokyo/Ann Arbor (Michigan): University of Tokyo Press y University of Michigan Law School, 1968.

SCARPELLO, A.: *La modifica unilateral del contratto*. Milán: Cedam, 2010.

SCHLEGEL, J. H.: “Of Nuts, and Ships, and Sealing Wax, Suez and Frustrated Things – The Doctrine of Impossibility of Performance”. *Rutgers Law Review*: vol. 23, 1968-1969, pp. 419 a 448.

SCHRAMPFER, W.H.: *The Law of Business*. Nueva York: Holt, Rinehart ad Winston, 1952.

SCHWARTZ, A.: “The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law”. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*: vol. 390, 1994, pp. 389 a 419.

— “Sales and inflation”. *Yale Law School: Faculty Scholarship Series*, paper 1115, enero-1976, pp. 1 a 25. (disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2107&context=fss_papers)

SCHWARTZ, A. A.: “A “Standard Clause Analysis” of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause”. *UCLA Law Review*: vol. 57, febrero-2010, pp. 789 y ss.

SCHWARTZ, A. y SCOTT, R.E.: *Commercial Transactions: Principles and Policies*. Mineola (Nueva York): The Foundation Press, 1982.

SCOGNAMIGLIO, R.: “Contratti in generale” en AA.VV.: *Trattato di diritto civile*, dirigido por Giuseppe Grosso y Francesco Santoro-Passarelli. Milán: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1991, pp. 274 y ss.

SCOTT, R. E.: “The case for formalism in relational contracts”, en AA.VV.: *Perspectives on Contract Law*. 3ª Ed. Editada y comentada por Randy E. Barnett. Nueva York: Aspen, 2005, pp. 431 y ss.

SCOTT, R. E. y KRAUSS, J. S.: *Contract Law and Theory*. 3ª Ed. Newark (New Jersey): Lexis Nexis, 2002.

SEITA, A.: “Uncertainty and contract law”. *University of Pittsburg Law Review*: vol. 46, otoño-1984, pp. 75 y ss.

SERRANO DE NICOLÁS, A.: “Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial en el Código Civil de Cataluña”, en AA.VV.: *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro segundo del Código Civil de Cataluña)*. Barcelona: Bosch, 2011.

— “Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en AA.VV.: *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*. Coordinado por Vicente Pérez Daudí. Barcelona: Atelier, 2011, pp. 21 a 53.

SCHMITT, M.A. y WOLLSCHLAGER, B.A.: “Section 2-615. Commercial Impracticability: Making the Impracticable Practicable”. *Commercial Law Journal*: vol. 81, 1976, pp. 9 a 16.

SCHWENZER, I.: “The Proposed Common European Sales Law and the Convention on The International Sale of Goods”. *UCC Law Journal*: vol. 44, Noviembre 2012, pp. 457 a 481.

SHARP, M.P.: “Promissory Liability II”. *University of Chicago Law Review*: vol. 7, 1951, pp. 250 a 269.

— “Pacta sunt Servanda”. *Columbia Law Review*: vol. 41, 1941, pp. 783 a 798.

SHATWELL, K. O.: “The Doctrine of Consideration in the Modern Law”. *Sydney Law Review*: vol. 1, n° 3, 1954, pp. 289 a 331.

SHEPHERD, H. y SHER, B. D.: *Law in Society: An introduction to freedom of contract: Cases and materials*. Brooklyn (Nueva York): The Foundation Press, 1960.

SHEPHERD, H. y WELLINGTON H. H.: *Contracts and Contract remedies: Cases and materials*. Brooklyn (Nueva York): Foundation Press, 1957.

SHUGERMAN, A.L.: *Business Law. Principles, Cases, and Problems*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1954.

SIMPSON, A.W.B.: *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*. Oxford: Clarendon Press, 1975.

SIMPSON, L.P.: *Handbook of the Law of Contracts*. St. Paul (Minnesota): Est Publishing, 1954.

SLATER, J. A. ET ALLI: *Slater's Mercantile Law*. 15ª Ed. Londres: Sir Isaac Pitman & Sons, 1965.

SMITS, J. M.: “The Common European Sales Law and Party Choice: When Will Parties Choose the Proposed CESL?”, en AA.VV.: *Papers for the conference European Contract Law: A Law-and-Economics Perspectives, University of Chicago Law School*: abril-2012, pp. 1 a 17.

SMITH, S. A.: *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*. 6ª Ed. Nueva York: Oxford University Press, 2005.

— *Contract Theory*. Nueva York: Oxford, 2004.

SMITH, L. Y. ET ALI: *Smith's and Roberson's Business Law: Uniform Commercial Code*. 5ª Edición. St. Paul (Minnesota): West Publishing Company, 1982.

SMITH, L.Y., ROBERSON, G.G. y SPRECHER, R.A.: *Teevan and Smith's Business Law: Text – Cases – Statutes: One Volume Edition*. St. Paul (Minnesota): West Publishing, 1951.

SMYTHE, D.J.: “Bounded Rationality, the doctrine of impracticability, and the Governance of Relational Contracts. *California Western School of Law Review*: mayo-2003, pp. 227 a 267.

SOTO NIETO, F.: *Derecho Vivo: Jurisprudencia Comentada. T. II*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1971.

— *El caso fortuito y la fuerza mayor: los riesgos en la contratación*. Barcelona: Ediciones Nauta, 1965.

SPEIDEL, R. E.: “The New Spirit of Contract”. *The Journal of Law and Commerce*: vol. 2, 1982, pp. 193 a 209 (disponible en http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jlac2&div=15&g_sent=1&collection=journals#215).

— *Contracts in Crises: Excuse Doctrine and Restrospective Government Acts*. Durham (Carolina del Norte): Carolina Academic Press, 2007.

SPENCER, E.W.: *A Manual of Commercial Law*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1922.

SPIVACK, C.: “Of Shrinking sweatsuits and poison vine wax: a comparison of basis for excuse under U.C.C. 2-615 and CSIG article 79”. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*: vol. 27, otoño-2006, pp. 757 a 802. (disponible en <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=jil>)

STONE, H. F: “Equitable conversion by contract”. *Columbia Law Review*: vol. 13, 1969, pp. 369 a 389.

STONE, R.: *The Modern Law of Contract*. Nueva York: Routledge-Cavendish, 7ª Ed., 2008.

STONE, R. ET ALI: *Fundamentals of Business Law*. Nueva York: The Foundation Press, 1950.

SUMMERS, R. S. y HILLMAN, R. A.: *Contract and related obligation: theory, doctrine, and practice*. 5ª Ed. St. Paul (Minnesota): Thomson/West, 2006.

SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO, A.: “Compraventa. Arras: Naturaleza. Interpretación de los contratos. Cláusula *rebus sic stantibus*. Requisitos y efectos. CCJC: nº 44, 1997, pp. 653 y 662.

SYKES, A.O.: “The Doctrine of Commercial Impracticability in a Second-Best World”. *The Journal of Legal Studies*: vol. 19, nº 1, enero-1990, pp. 43 a 94.

TALLON, D.: “Hardship”, en AA. VV.: *Towards a European Civil Code*. Ed. Kluwe Law International, 2004, pp. 499 a 504.

TAPIA HERMIDA, A.: “Relevancia del cambio o mutación de las condiciones básicas del contrato: nueva denominación, conceptualización y aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”. *CEFLegal (Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos)*: nº 61, 2014, pp. 49 a 94.

TARTAGLIA, P.: *Eccessiva onerosità ed appalto*. Milán: Giuffrè Editore, 1983.

— “Onerosità eccessiva”., en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XXX. Varese: Giuffrè, 1980, pp. 155 a 175.

TENA, V.: “Las fluctuaciones en el valor de la moneda y el Registro de la Propiedad”. *RCDI*: año XXVI, núm. 270, 1950.

TENA PIAZUELO, I.: “S. 12 de noviembre de 2004. Cesión de derechos correspondientes a agente de seguros y de cartera de seguros a cambio de una renta. – Invalidez (no se aprecia) por error; por indeterminación del objeto.- Cláusula rebus sic stantibus”. *CCJC*: nº 68, 2005, pp. 863 a 882.

TERRAZA MARTORELL, J.: *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus*. Barcelona: Bosch, 1951.

TORRENTE, A y SCHLESINGER, P.: *Manuale di Diritto Privato*. 10ª Ed. Milán: Giuffrè Editore, 2009.

TRABUCCHI, A.: *Istituzioni di Diritto Civile*. 40ª Ed. Padova: Cedam, 2001.

TRAKMAN, L. E.: “Winner take some: Loss sharing and commercial impracticability”. *Minnesota Law Review*: vol. 69, febrero-1985, pp. 471 a 519.

TREITEL, G.H.: *Frustration and Force Majeure*. Londres: Thomson, Sweet & Maxwell, 2004.

— *The Law of Contract*. 11ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.

— *An Outline of the Law of Contract*. 5ª Ed. Londres: Butterworths, 1995.

TRENTACOSTA, J. R.: “The Uniform Commercial Code: Commercial Impracticability and Fair Allocation Under UCC 2-615”. *Michigan Bar Journal*: vol. 89, noviembre-2010, pp. 42 a 47.

TRIMARCHI, P.: “Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis”. *International Review of Law and Economics*: 1991, pp. 63 a 82.

— *Istituzioni di Diritto Privato*. 5ª Ed. Milán: Giuffrè Editore, 1981.

UNBERATH, H.: “Long-Term Contracts and DCFR – Interpretation and Adjustment”, en AA.VV.: *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*. Munich: Sellier. European law publishers, 2009, pp. 87 161 .

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. R.: “Elementos esenciales del contrato”, en AA.VV.: *Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*. Dirigido por A. López, V.L. Montés y E. Roca y coordinados por Mª. R. Valpuesta y R. Verdera. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 243 y ss.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español. T. III: Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*. 4º Ed. Valladolid: Talleres tipográficos cuesta, 1937.

VATTIER FUENZALIDA, C.: “La propuesta de la comisión general de codificación para la modernización del Código Civil en material de obligaciones y contratos”, en AA.VV.: *Estudios sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar. Libro conmemorativo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*. Coordinado por Julio Pérez Gil y Raquel de Román Pérez. Universidad de Burgos: 2011, pp. 423 a 438.

— “La interpretación integradora del contrato en el Código civil”. *ADC*.: t. XL, fasc. III, abril-junio-1987, pp. 495 a 524.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T.: *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 2000.

VELASCO, A.: “La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil”. *RDM*: vol. V, núm. 13, enero-febrero-1948, pp. 431 a 437.

VERDERA SERVER, R.: “Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2000: aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un contrato de suministro”. *C.C.J.C.*: abril/septiembre, 2001, pp. 491 a 510.

— “Causa, móviles y resolución del contrato: comentario a la sentencia del TS de 1 de abril de 1998. *RDPatr*: año 1, 1998, nº 1, pp. 325 a 331.

— *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1985.

VERNON, D. H.: *Contracts: Theory and practice*. Nueva York/San Francisco: Matthew Bender, 1980.

VESSICHELLI, A.: “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. III: I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*. Dirigo por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín: Utet, 1999, pp. 2391 a 2397.

— “La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta”, en AA.VV.: *I contratti in generale. Vol. IV: Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*. Dirigido por Guido Alpa y Mario Bessone. Turín: Utet, 1991, pp. 969 a 993.

VETTORI, G.: *Contratto e rimedi*. 2ª Ed. Milán: Cedam, 2009.

VIEHWEG, T.: *Tópica y Jurisprudencia*. 2ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

VON TUHR, A.: *Tratado de las obligaciones*. Traducido y concordado por W. Roces. 1ª Ed. Madrid: Reus, 1934.

WAGNER, G.: “In Defense of the Impossibility Defense”. *Loyola University Chicago Law Journal*: otoño-1995, pp. 55 y ss.

WALACH, G.: “The Excuse Defense in the Law of Contracts: Judicial Frustration of the U.C.C. Attempt to liberalize the Law of Commercial Impracticability”. *Notre Dame Lawyer*: vol. 55, 1979-1980, pp. 203 a 230.

WALT, S. “Expectations, Loss Distribution and Commercial Impracticability”. *Indiana Law Review*: 1990-1991, pp. 65 a 109.

WALTER, P.: “Commercial Impracticability in Contracts”. *St. John’s Law Review*: vol. 61, issue 2, invierno-1987, n° 2, pp. 225 a 260.

WEISKOPF, N. R.: “Frustration of contractual purpose – Doctrine or myth? *St. John’s Law Review*: vol. 70, primavera-1996, pp. 239 a 271.

WESSMAN M. B: “Should we Fire The Gatekeeper? An Examination of the Doctrine of Consideration”. *University of Miami Law Review*: vol. 45, 1993, pp. 45 y ss.

WEYRAUCH, M.H.: *Richardson on Contracts*. Nueva York: 1951.

WHINCUP, M. ET ALLI: *Contract Law and Practice: The English System, with Scottish Commonwealth, and Continental Comparisons*. 5ª Ed. Nueva York: Kluwer Law International, 2006.

WHITE, M.J.: “Breach and Contract Discharge Due to Impossibility: a Unified Theory. *The Journal of Legal Studies*: vol. 17, n° 2, junio-1988, pp. 353 a 376.

WHITE, J. J. y SUMMERS, R. S.: *Uniform Commercial Code*. 5ª Ed. St. Paul (Minnesota): West Group, 2000.

WHITE, W.R.: *Introduction to the Law and Law of Contracts*. Nueva York: Pace & Pace, 1958.

WHITNEY F.A.: *The Law of Contracts*. 6ª Ed. Albany (Nueva York)/Nueva York: Matthew Bender & Company, 1958.

WINFIELD, P. H: *Pollock's Principles of Contract*. 13ª Ed. Londres: Steven & Sons, 1950.

WIRTZ, R. S.: “Revolting development”. *Oregon Law Review*: 91-325, 2012, 31 pp. (consultado en *Lexis Nexis*)

WLADIS, J.D.: “Impracticability as Risk Allocation: the effect of Changed Circumstances upon Contract Obligations for the Sale of Goods”. *Georgia Law Review*: vol. 22, primavera-1988, pp. 503 a 666.

— “Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law”. *Georgetown Law Journal*: vol. 75, 1987, pp. 1575 a 1631.

WOODWARD, F. C.: “Impossibility of performance as an excuse for breach of contract”, en AA.VV.: *Selected readings on the law of contracts*. Nueva York: The Macmillan Company, 1931, pp. 961 a 969.

WRIGHT, A.J.: “Rendered Impracticable: Behavioral Economics and the Impracticability Doctrine”. *Cardozo Law Review*: vol. 26, abril-2005, pp. 2183 a 2215.

WUORINEN, S. E.: “Case comment: Northern Indiana Public Service Company v. Carbon County Coal Company: risk assumption in claims of impossibility, impracticability, and frustration of purpose”. *Ohio State Law Journal*: vol. 50, invierno-1989, 17 pp. (consultado en *Lexis Nexis*).

YOUNG, W.F.: “Half Measures”. *Columbia Law Review*: vol. 81, nº 1, enero-1981, pp. 19 a 36.

ZIMMERMANN, R.: *El nuevo derecho alemán de obligaciones: Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*. Traducido por Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch, 2008.

— *Estudios de Derecho privado europeo*. Madrid: Civitas, 2000.

— *The law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town: Juta, 1990.

ZOLL, F.: “Comentario al art. 89”, en AA.VV.: *Common European Sales Law (CESL)*. Baden-Baden (Alemania): Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, pp. 415 a 425.

ZURILLA CARIÑANA, M^a A.: “Resolución de contratos por imposibilidad de obtener crédito. Paro, caída de precios, recortes presupuestarios y ejecución del contrato, ¿eficacia de la cláusula rebus sic stantibus?”. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*: nº7/2013, pp. 218 a 227. (disponible en www.revista.uclm.es/index.php/cesco).

